

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PAULLINA LUISE BOCHI**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO**

**Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira**

**FLORIANÓPOLIS - SC**

**2014**

**PAULLINA LUISE BOCHI**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO**  
**Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal de  
Santa Catarina – UFSC como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

**Orientador:** Professor Dr. João dos  
Passos Martins Neto.

**FLORIANÓPOLIS – SC**


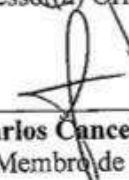
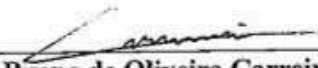
**2014**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Liberdade de expressão e discurso do ódio. Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Paullina Luise Bochi**, defendido em **12/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de Dezembro de 2014

  
\_\_\_\_\_  
**João dos Passos Martins Neto**  
Professor(a) Orientador(a)  
\_\_\_\_\_  
**Luís Carlos Cancellier de Olivo**  
Membro de Banca  
\_\_\_\_\_  
**Bruno de Oliveira Carreirão**  
Membro de Banca

## AGRADECIMENTOS

Indispensável se faz, em um momento como esse, agradecer; não apenas àqueles que contribuíram diretamente para a execução deste trabalho, mas a todos os que estiveram ao meu lado e me apoiaram de uma maneira ou de outra durante toda a caminhada para chegar até aqui.

Primeiramente, à Deus, por todas as bênçãos recebidas ao longo da minha vida, pela proteção, força e sabedoria.

Aos meus pais, Martha e Adroaldo, por serem meus exemplos, minha inspiração e quem eu admiro infinitamente. Por estarem sempre comigo, me apoiando e me incentivando, constantemente me instigando a buscar mais e ir mais longe. Pelo amor incondicional e pela confiança em mim depositada; e por todas as oportunidades que me proporcionaram. Essa vitória é de vocês também.

Ao meu irmão, Lucas, o meu maior presente. Muito obrigada por despertar o melhor de mim.

A toda minha família, que sempre torceu por mim e acompanhou essa minha jornada, em especial à Tia Bê e à Rafa, que tão bem me acolheram no início da minha vida acadêmica e que são responsáveis por boa parte dos meus melhores momentos em Florianópolis; muito obrigada por terem feito de Floripa um lar.

A todos os amigos que fiz durante a trajetória acadêmica, por toda a ajuda prestada, debates travados, companheirismo... Enfim, por compartilharem essa fase comigo e contribuírem para fazer dessa uma etapa maravilhosa da minha vida; sei que muitas dessas amizades levarei para sempre.

Ao professor João dos Passos Martins Neto, que, devido à sua paixão pelo tema despertou em mim a curiosidade e o gosto pelos estudos relacionados à matéria, por ter aceitado de pronto me orientar no presente trabalho e por ter exercido tão bem seu papel durante esses meses.

A todos os meus chefes e companheiros de estágio, que tanto contribuíram para a minha formação. Ao pessoal do gabinete do Des. Solon D'Eça Neves, do Des. Carlos Alberto Civinski e do Dr. Jaime Pedro Bunn, meu muito obrigado por terem me ensinado tanto e me mostrado a realidade do mundo jurídico. Agradeço especialmente a

todos do gabinete da Des. Lília Leonor Abreu, do TRT 12, não só por fazerem minhas tardes muito melhores, mas também por deixarem as portas do gabinete abertas nos dias e horários mais inusitados para que boa parte deste trabalho pudesse ser confeccionada.

Por fim, agradeço a todos os docentes do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa, pelas preciosas lições, tão importantes para minha formação acadêmica e pessoal.

*“If liberty means anything at all, it means the right to tell people what they do not want to hear.”*

*(George Orwell)*

*“Se a liberdade significa alguma coisa, significa o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir.”*

## RESUMO

BOCHI, Paullina Luise. **A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro.** 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

O presente trabalho versa sobre a relação entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio e como o assunto é tratado no direito norte-americano e no direito brasileiro. A análise do tema baseia-se no estudo da previsão constitucional acerca da liberdade de expressão em ambos os ordenamentos jurídicos e no estudo da jurisprudência dominante de cada país a respeito da liberdade de expressão em relação ao discurso do ódio. Primeiramente trata-se do contexto norte-americano: a liberdade de expressão como prevista na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, as principais decisões da Suprema Corte envolvendo o assunto e o estudo do caso *Brandenburg v. Ohio*. Passa-se então à análise do contexto brasileiro: a liberdade de expressão na Constituição de 1988 e o estudo do habeas corpus 82.424/RS (STF). Por fim, trata-se da relação entre o discurso do ódio e a igualdade e dignidade, e dos aspectos distintivos do caso *Brandenburg v. Ohio* – EUA –, e do caso Ellwanger (habeas corpus 82.424/RS) – Brasil.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Previsão Constitucional. Jurisprudência. Suprema Corte Americana. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO – O CASO <i>BRANDENBURG V. OHIO</i> .....	11
1.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL .....	11
1.2 PRECEDENTES IMPORTANTES DA SUPREMA CORTE AMERICANA .....	13
1.3 O CASO <i>BRANDENBURG v. OHIO</i> (395 U.S. 444) .....	18
1.3.1 Os fatos.....	19
1.3.2 A decisão da Suprema Corte .....	20
1.3.3 A importância de <i>Brandenburg v. Ohio</i> e o Imminent lawless action test .....	22
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO BRASILEIRO – O CASO <i>ELLWANGER</i> .....	26
2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL .....	26
2.2 O CASO <i>ELLWANGER</i> (HABEAS CORPUS 82.424/RS) .....	29
2.2.1 Os fatos.....	29
2.2.2 O julgamento no Supremo Tribunal Federal.....	31
2.2.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal e sua importância.....	37
3 ASPECTOS DISTINTIVOS DO CASO <i>BRANDENBURG V. OHIO</i> E DO CASO <i>ELLWANGER</i> .....	40
3.1 DEFINIÇÃO DE DISCURSO DO ÓDIO.....	40
3.2 O DISCURSO DO ÓDIO <i>VERSUS</i> A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IGUALDADE .....	43
3.2.1 Definição de Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade .....	44
3.2.2 Discurso do ódio, dignidade e igualdade.....	45
3.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO .....	47
3.3.1 O entendimento e a jurisprudência norte-americana .....	48
3.3.2 O entendimento e a jurisprudência brasileira .....	50
CONCLUSÃO .....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	59



## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, muito mais do que apenas um direito fundamental, é um elemento essencial na construção de uma sociedade livre e plural, podendo ser considerada um dos pilares da democracia.

É por meio da comunicação, da troca de ideias e opiniões, que os indivíduos se inserem na sociedade e participam da vida comunitária, bem como se informam e se envolvem nas decisões do Estado. Cumpre ressaltar que ao longo da história observa-se que nos regimes totalitários, a censura e a repressão da expressão e da manifestação do pensamento foram usadas como ferramentas importantíssimas para calar e controlar a sociedade.

Através da proteção ao direito individual de se pensar livremente e de manifestar esse pensamento, é que o princípio democrático se consolida, razão pela qual a liberdade de expressão possui tanto destaque nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito.

Muitos são os aspectos que envolvem o exercício dessa liberdade de expressão, como a liberdade de imprensa, de religião, de ensino e informação. Dentre esses aspectos, alguns se mostram mais delicados e polêmicos, como, por exemplo, a questão do discurso do ódio.

O discurso do ódio se caracteriza como um tema polêmico na medida em que testa os limites da liberdade de expressão, até onde a expressão está protegida, e quando ela passa a ferir outros direitos. Por se tratar de um discurso considerado agressivo, e até mesmo incitador, que visa depreciar, menosprezar e humilhar um determinado grupo social, em geral as minorias, necessária se faz a análise do tema sob a ótica da liberdade de expressão, mas levando-se em conta também outros princípios e direitos, principalmente a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

No presente trabalho, busca-se estudar a relação entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio através da análise dos ordenamentos jurídicos e da jurisprudência norte-americana e brasileira sobre o assunto, procurando observar como o tema é tratado em cada ordenamento por meio das decisões das Supremas Cortes de cada país, atentando para os aspectos distintivos entre elas.

Primeiramente, trata-se do direito norte-americano, a previsão constitucional acerca da liberdade de expressão e os precedentes importantes da Suprema Corte envolvendo a liberdade de expressão e os discursos considerados “problemáticos” ou polêmicos, como a manifestação de opiniões contra o governo, discursos incitatórios e de ódio. Passa-se então, ainda no primeiro capítulo, a uma análise mais específica a respeito do caso *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, principal decisão da Suprema Corte americana sobre discurso do ódio e que reflete o atual entendimento da Corte em relação ao assunto.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. Assim como no capítulo anterior, inicialmente tratar-se-á da previsão constitucional acerca da liberdade de expressão. Após, será feito um exame do caso *Ellwanger*, habeas corpus 82.424/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, vez que, ao julgar o caso do escritor que editou e publicou obras antissemitas, a Suprema Corte brasileira acabou por estabelecer sua posição e entendimento a respeito da liberdade de expressão e discurso do ódio.

Por fim, o terceiro capítulo tratará mais especificamente do discurso do ódio, sua definição teórica e sua relação com a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Também neste capítulo serão abordados os aspectos distintivos do caso *Brandenburg v. Ohio* (EUA) e do caso *Ellwanger* (Brasil), para que, a partir da análise desses aspectos, possa-se melhor compreender o atual entendimento de cada país sobre o assunto.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cumpre apontar que no presente trabalho as citações de materiais originalmente escritos em inglês serão traduzidas livremente e as citações de materiais escritos em português serão transcritas como redigidas no original, conforme acordo ortográfico vigente à época.

# 1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO – O CASO *BRANDENBURG V. OHIO*

## 1.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A liberdade de expressão, assim como a liberdade religiosa e a liberdade de imprensa, está protegida no direito norte-americano pela Primeira Emenda, acrescentada à Constituição dos Estados Unidos<sup>2</sup> em 1791 como uma das dez emendas que constituem a *Bill of Rights*<sup>3</sup>, e assim dispõe:

O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.<sup>4</sup>

Visto que os Estados Unidos eram uma colônia britânica, a necessidade de proteção da liberdade de expressão era de extrema importância para os norte-americanos, e encarada como forma de reação às práticas repressoras do governo inglês.

Até 1694, na Inglaterra, nada poderia ser publicado sem prévia licença do governo. No país havia também a chamada “*Law of seditious libel*” (Lei da difamação sediciosa), “que tornava crime publicar qualquer coisa que desrespeitasse o Estado, a Igreja ou seus representantes”<sup>5</sup>. Os acusados de difamação sediciosa eram severamente

---

<sup>2</sup> A Constituição Americana, promulgada em 1787, contém apenas sete artigos e poucas previsões acerca das liberdades individuais. A pouca quantidade de artigos se deve ao fato de que os autores pensaram ser desnecessária uma enumeração de direitos tendo em vista que haviam criado um governo com poderes limitados e, portanto, sem a autoridade para violar liberdades básicas. Ademais, preocupava-os o fato de que, por mais que enumerassem alguns direitos, inevitavelmente não abrangeriam todos, correndo assim o risco de ser negada proteção àqueles que não estivessem listados. Entretanto, muitos estados, preocupados com a ausência de previsão de alguns direitos básicos, ratificaram a Constituição com um pedido de que fosse acrescentado ao texto constitucional uma Declaração de Direitos. (CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 476). Tradução livre.

<sup>3</sup> “*Bill of Rights* é o nome dado ao conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, que asseguram liberdades individuais, garantias processuais e limites à atuação do Estado.” (CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito. p. 16).

<sup>4</sup> Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Tradução livre.

<sup>5</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 18.

punidos, e nem mesmo a verdade servia como defesa nesses casos, sendo perseguida e punida, inclusive, com mais ferocidade, pois poderia causar ainda mais danos à reputação e à imagem do governo.

Desta forma, a Primeira Emenda, tinha como objetivo proibir qualquer sistema de censura prévia, como os que existiam na Inglaterra, e proteger críticos do governo de sofrerem punições por difamação sediciosa.

Ao longo dos anos, o entendimento acerca da proteção e dos limites da liberdade de expressão foi sendo modificado através de decisões da Suprema Corte Americana, e atualmente a concepção que se tem do assunto, em muito difere daquela pensada no século XVIII.

No cenário jurídico atual, a Primeira Emenda, como interpretada pela Suprema Corte, protege quase todas as formas de expressão. Nesse sentido, assevera Fallon que os Estados Unidos reconhecem o direito à liberdade de expressão de maneira muito mais ampla que a grande maioria das democracias liberais do mundo. Um exemplo claro é o de que a maioria das Nações ratificou inteiramente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, entretanto, muito embora os Estados Unidos tenham participado da elaboração da convenção, nunca ratificaram seu artigo 4º<sup>6</sup>, principalmente por entenderem que tal poderia violar a Primeira Emenda.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969):

**Artigo 4º** - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, eles se comprometem principalmente:

a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;

c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

<sup>7</sup> FALLON Jr., Richard H., **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 32.

Isto posto, percebe-se que, muito mais do que focar na intenção do legislador ao elaborar a Primeira Emenda, a doutrina atual que trata sobre liberdade de expressão se ampara nas decisões da Suprema Corte, grande responsável por modelar e remodelar o entendimento a respeito do assunto, se valendo, para tanto, de interpretações precedentes e de influências culturais, históricas e sociais.

Para entender a liberdade de expressão e sua relação com o discurso do ódio no atual contexto do direito norte-americano, então, mister se faz a análise de algumas das principais decisões da Suprema Corte em relação ao assunto.

## 1.2 PRECEDENTES IMPORTANTES DA SUPREMA CORTE AMERICANA

Ao longo dos anos, vários casos trataram de assuntos envolvendo a liberdade de expressão e os discursos considerados “problemáticos” ou polêmicos (como, por exemplo, discursos contra o governo, incitatórios e de ódio) sendo que, para decidi-los, a Suprema Corte buscava amparar-se em algum princípio (“teste”) para verificar quando um discurso estava protegido pela Primeira Emenda e quando era considerado criminoso.

Até o início do século XX a liberdade de expressão não era tratada com a devida importância pela Suprema Corte Americana, que utilizava o *Bad Tendency Principle* (Princípio da tendência nociva – baseado na lei inglesa de difamação sediciosa) para proferir suas decisões. O uso de tal princípio permitia a repressão de qualquer discurso que fosse capaz de ofender pessoas mais conservadoras ou que apresentasse uma simples tendência a incitar ou causar atividades ilegais.

Em 1907 o *Bad Tendency Test* foi utilizado pelo Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., da Suprema Corte Americana, no caso *Patterson v. Colorado* (205 U.S. 454, 1907), para sustentar a manutenção da condenação de Thomas M. Patterson, um editor de jornais acusado de desacato por publicar artigos e charges questionando e criticando a conduta de juízes da Suprema Corte do Colorado.

Aplicando-se o princípio supra, “Mesmo afirmações verdadeiras eram passíveis de punição se causassem prejuízo à sociedade, como críticas a um juiz poderiam fazer ao reduzir o respeito pela administração da justiça”<sup>8</sup>. Logo, observa-se que não havia “nenhuma proteção significativa à expressão ou à imprensa, porque praticamente qualquer coisa podia ser ‘considerada contrária ao bem-estar público’”<sup>9</sup>.

Alguns anos depois, o uso do *Bad Tendency Test* na análise dos casos envolvendo liberdade de expressão e o discurso, foi substituído pela aplicação do *Clear and Present Danger Principle* (Princípio do Perigo Claro e Presente), também formulado pelo Juiz Holmes.

O princípio foi utilizado pela primeira vez no caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47. 1919). Nesse caso, algumas pessoas, dentre elas o secretário geral do Partido Socialista da Filadélfia, Charles Schenck, foram condenados por violarem o *Espionage Act of 1917*<sup>10</sup> ao distribuírem panfletos denunciando que o recrutamento compulsório violava a Décima Terceira Emenda<sup>11</sup>, por ser uma forma de servidão involuntária, comparando-o à escravidão, e estimulando os recrutas a não se deixarem intimidar.

Processado e condenado sob a acusação de ter tentado causar insubordinação nas forças armadas e de ter tentado obstruir o recrutamento militar, Schenck apelou à suprema Corte alegando que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos não permite ao Congresso aprovar qualquer lei restringindo a liberdade de expressão ou a de imprensa. Ele pretendia assim que, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da parte do Ato de Espionagem implicada no caso, a sua condenação resultasse revertida. Mas a Suprema Corte, sem dissidências, manteve a condenação.<sup>12</sup>

Foi nesse contexto que o Juiz Holmes elaborou o *Clear and Present Danger Principle* ao proferir que: “A questão em todos os casos é se as palavras usadas o são

<sup>8</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 40.

<sup>9</sup> Idem. p. 40.

<sup>10</sup> O *Espionage Act of 1917* (Ato de Espionagem de 1917) foi uma lei federal americana, proposta pelo então presidente Woodrow Wilson e aprovada pelo Congresso logo após a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial. O Ato visava proibir qualquer interferência popular em relação às operações militares, criminalizando discursos que intentassem causar insubordinação, deslealdade, motim ou recusa ao cumprimento do dever nas forças militares ou navais, ou que intentassem obstruir os serviços de recrutamento ou alistamento.

<sup>11</sup> **Décima Terceira Emenda, Seção 1:** “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado”. Tradução livre.

<sup>12</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 37/38.

em tais circunstâncias e são de natureza tal que criam um perigo claro e presente de causar os males que o Congresso tem o direito de impedir”<sup>13</sup>.

Desta forma, ainda que não houvesse provas demonstrando que qualquer pessoa tivesse resistido ao alistamento em virtude dos panfletos, a Corte entendeu que o discurso de Schenck representava um perigo claro e presente contra o recrutamento compulsório, e que em tempos normais ele estaria protegido pela Primeira Emenda, entretanto, tratava-se de época de guerra, circunstância crucial para o caso.

O *Clear and Present Danger Test* era o teste mais usado e indicado para os casos envolvendo o discurso e a manifestação de ideias após a decisão de *Schenck v. United States*, entretanto, ao longo do tempo, ele foi submetido a abordagens um pouco diferentes da sua interpretação original.

Durante as décadas de 1920 e 1930 a Suprema Corte julgou inúmeros casos envolvendo *criminal syndicalism laws*<sup>14</sup>, utilizando o *Clear and Present Danger Test*, todavia sob a perspectiva da *Reasonableness Approach* (Abordagem de Razoabilidade). Conforme essa abordagem, as leis que restringiam a liberdade de expressão, e sua aplicação, eram consideradas constitucionais desde que a lei do governo e seu exercício fossem razoáveis.

Foi essa abordagem utilizada para sustentar a condenação de Anita Whitney no caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927).

Nesse caso, julgado pela Suprema corte em 1927, Anita Whitney foi condenada por descumprimento ao *Criminal Syndicalism Act* da Califórnia<sup>15</sup>, sob alegação de estar ajudando a estabelecer o Partido Comunista dos Trabalhadores, grupo acusado de pregar a tomada do governo por meio de violência.

A Suprema Corte manteve a condenação de Whitney, entretanto, o voto do Juiz Louis Brandeis, tornou-se memorável e “de grande influência na formação da moderna doutrina legal norte-americana relativamente aos discursos subversivos”<sup>16</sup>,

<sup>13</sup> Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. in *Schenck v. United States* 249 U.S. 47. 1919. Tradução livre.

<sup>14</sup> **Criminal Syndicalism laws** eram estatutos aprovados pelos estados que tornavam crime defender a derrubada do governo americano ou da organização industrial através de força ou violência, que se popularizaram nos Estados Unidos no período durante e depois da Primeira Guerra Mundial.

<sup>15</sup> Muito semelhante ao *Ohio's Criminal Syndicalism Act*, que será melhor estudado no tópico seguinte [ver nota de rodapé nº 28].

<sup>16</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 39.

vez que articula razões porque tal liberdade deve ser protegida como direito fundamental:

Aqueles que conquistaram nossa independência [...] acreditavam que a liberdade de pensar como se quer e falar o que se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a disseminação da verdade política; que sem as liberdades de expressão e de reunião a discussão seria fútil; [...] que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte. [...] sabiam que a ordem não pode ser garantida meramente pelo medo da punição por infringi-la; que é arriscado desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera a repressão; que a repressão gera o ódio; que o ódio ameaça a estabilidade do governo [...]

O simples medo de danos sérios não pode justificar a repressão da liberdade de expressão e de reunião. Homens temiam bruxas e queimaram mulheres. É função da expressão libertar os homens da sujeição aos medos irracionais. Para justificar a supressão da liberdade de expressão deve haver motivo razoável para temer que sério mal resultará se a liberdade de expressão for praticada. Deve haver motivo razoável para acreditar que o perigo é iminente. Deve haver motivo razoável para crer que o mal a ser evitado é grave.<sup>17</sup>

Outro caso importantíssimo relacionado à discussão acerca da liberdade de expressão e os discursos “problemáticos” na Suprema Corte Americana foi *Dennis v. United States* (341 U.S. 494, 1951).

Destaca Chemerinski, que no final da década de 1940 e começo da década de 1950 o governo americano, liderado pelo Senador Joseph McCarthy buscava a qualquer custo identificar e excluir comunistas do governo. Essa época foi considerada a era das suspeitas – uma época em que ser suspeito de fazer parte de um grupo comunista ou radical era suficiente para que a pessoa perdesse seu emprego ou fosse parar na lista negra do governo.<sup>18</sup>

Foi nessa atmosfera que se deu o julgamento do caso *Dennis v. United States*. No caso, onze réus, por ensinarem livros escritos por Stalin, Marx e Engels, e Lenin, foram condenados por violar a seção 3 do *Smith Act*<sup>19</sup> em razão de:

Intencionalmente e com conhecimento de causa conspirar (1) para organizar, como o Partido Comunista, um grupo de pessoas para ensinar e defender a derrubada e destruição do Governo dos Estados Unidos pela força e violência, e (2) intencionalmente e com conhecimento de causa defender e

<sup>17</sup> Juiz Louis Brandeis in 274 U.S. 357, 1927 . Tradução livre

<sup>18</sup> CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 994-995. Tradução livre.

<sup>19</sup> *Smith Act* é o nome pelo qual ficou conhecido o *Alien Registration Act* (Ato de registro de estrangeiro), aprovado pelo Congresso Americano no ano de 1940, que estabelecia sanções penais àqueles que defendessem a tomada do governo americano e requeria o registro de todos os estrangeiros residentes nos Estados Unidos. Esse estatuto foi usado como base para a condenação de inúmeros cidadãos considerados comunistas, socialistas, fascistas, etc. nas décadas de 1940 e 1950. Em sua seção 3 o ato dispõe que será ilegal para qualquer pessoa tentar cometer ou conspirar para cometer qualquer dos atos proibidos pelas disposições do título I do estatuto.



ensinar o dever e a necessidade de derrubar e destruir o Governo dos Estados Unidos pela força e violência.<sup>20</sup>

Para sustentar a condenação dos acusados, o Presidente da Suprema Corte, Juiz Fred M. Vinson, aplicou o *Clear and Present Danger Test*, contudo, com uma interpretação um pouco diferente, baseada em uma fórmula proposta pelo Juiz Learned Hand que sugeria o seguinte:

Em cada caso, [Cortes] devem se perguntar se a gravidade do “mal”, independentemente de sua improbabilidade, justifica tal invasão da liberdade de expressão como necessária para evitar o perigo.<sup>21</sup>

Levando em conta essa abordagem, “se o perigo percebido é muito grande, portanto, a repressão é permissível mesmo que haja só uma chance mínima de ele de fato ocorrer”.<sup>22</sup>

Nesta senda, leciona Chemerinski:

Em outras palavras, a abordagem adotada em *Dennis* torna a probabilidade e a iminência – dois requisitos aparentes para o *clear and present danger test* – irrelevantes. Se o dano é grande o suficiente, como a derrubada do governo, então o discurso defendendo-o pode ser punido sem qualquer demonstração de probabilidade ou iminência.<sup>23</sup>

Com uma leitura atual da decisão, fica claro que a interpretação dada ao caso foi fruto da influência do temor pela segunda “Ameaça Vermelha”<sup>24</sup>, que tomava conta dos Estados Unidos na época, e que em outras circunstâncias o desfecho do caso seria inteiramente diferente. Afinal, parece ser impossível conceber na atualidade a condenação de indivíduos por ensinarem livros escritos por líderes comunistas e que tratam deste assunto.

Foi essa a opinião dos Juízes Black e Douglas, que discordaram da maioria durante a votação na Suprema Corte.

Em seu voto, o Juiz Hugo L. Black profere que:

Sendo a opinião pública o que é agora, poucos protestarão contra a condenação destes peticionários comunistas. Há, contudo, esperança de que, em tempos mais calmos, quando as pressões, paixões e medos presentes se

<sup>20</sup> *Dennis v. Unites States* (341 U.S. 494, 1951). Tradução livre.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 146.

<sup>23</sup> CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 995. Tradução livre.

<sup>24</sup> A **Segunda Ameaça Vermelha** ocorreu de 1947 a 1957 nos Estados Unidos, por influência do período pós Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria, e foi caracterizada pelo medo de que uma revolução pudesse derrubar o capitalismo norte-americano ou impor uma ditadura comunista como acontecia na União Soviética (URSS).

reduzirem, esta Corte ou alguma outra posterior restaure as liberdades da Primeira Emenda ao elevado lugar preferencial que lhes cabe em uma sociedade livre.<sup>25</sup>

Por fim, sobre a interpretação da Suprema Corte a respeito da Primeira Emenda, discorre Owen Fiss:

A Suprema Corte tem lido esse dispositivo [Primeira Emenda] não como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, mas mais no sentido de um comando para delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal.

A localização precisa dessa linha demarcatória tem variado de tempos em tempos, de Corte para Corte, e até mesmo de Juiz para Juiz, mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os assim chamados contravalores). Por vezes a acomodação dos interesses conflitantes foi alcançada pela promulgação de uma relação de categorias de discurso que podem se sujeitar à regulação. Por exemplo, tem-se permitido que o Estado regule “palavras de incitação à luta” (*fighting words*), mas não a “defesa genérica de idéias” (*general advocacy of ideas*). Em outros casos, a Corte se engajou num mais aberto e explícito processo de sopesamento do interesse estatal contra a liberdade de expressão. A regra que permite ao Estado suprir o discurso que gere um “perigo iminente e manifesto” (*clear and present danger*) a um vital interesse estatal poderia ser o melhor exemplo dessa abordagem.<sup>26</sup>

Tem-se, então, que as decisões supramencionadas, foram importantíssimas para moldar a concepção de liberdade de expressão no tocante aos discursos considerados “problemáticos”, ou polêmicos, no ordenamento jurídico norte-americano ao longo dos anos. Todavia, nenhuma foi tão significativa como a do caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), de 1969.

Tal caso é considerado paradigma no direito americano, vez que esclarece conceitos básicos envolvendo a proteção do discurso e cuja abordagem segue sendo usada até os dias de hoje pela Suprema Corte nos casos envolvendo a Primeira Emenda e a liberdade de expressão em relação ao discurso do ódio.

### 1.3 O CASO *BRANDENBURG v. OHIO* (395 U.S. 444)

<sup>25</sup> Juiz Hugo L. Black in 341 U.S. 494, 1951 *apud* LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 148.

<sup>26</sup> FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33-34.

### 1.3.1 Os fatos

Clarence Brandenburg era um líder da Ku Klux Klan<sup>27</sup> em Ohio, que, no verão de 1964, convidou um repórter da Cincinnati TV para acompanhar o encontro da organização que aconteceria em uma fazenda em Hamilton County, região no sudoeste do estado de Ohio.

O repórter e um cinegrafista da emissora compareceram ao local e filmaram o evento, realizado em 28 de junho de 1964; partes do vídeo foram posteriormente exibidas em canais de televisão locais e nacionais.

Na filmagem é possível distinguir doze pessoas encapuzadas usando vestimentas características dos membros da organização, algumas, inclusive, portando armas; todas reunidas em torno de uma cruz de madeira em chamas.

A maior parte dos discursos proferidos durante o encontro são ininteligíveis nos vídeos, entretanto, frases soltas puderam ser identificadas como depreciativas em relação a negros e judeus. Ademais, o primeiro vídeo considerado como evidência mostra Brandenburg, em trajes da organização, não armado, proferindo o seguinte discurso:

Essa é uma reunião de organizadores. Nós temos alguns membros aqui que são – nós temos centenas, centenas de membros pelo Estado do Ohio. Eu posso citar de um recorte de jornal do *Columbus, Ohio Dispatch*, de cinco semanas atrás, domingo de manhã. A Klan tem mais membros no Estado de Ohio do que qualquer outra organização. Nós não somos uma organização vingativa, mas se o nosso Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuar reprimindo os brancos, a raça Caucásiana, é possível que haja vingança [...] Nós marcharemos ao Congresso em 4 de julho, quatrocentos mil, fortes. De lá nos dividiremos em dois grupos, um grupo marchará para St. Augustine, Florida, e o outro grupo marchará para o Mississippi. Obrigado.<sup>28</sup>

Em outro filme, o líder pode ser visto sustentando que pessoalmente acreditava que os negros deveriam retornar à África e os judeus à Israel.

<sup>27</sup> A **Ku Klux Klan** (KKK) surgiu em 1865 no sul dos Estados Unidos e tinha como objetivo perseguir os negros e aqueles que os protegessem, com intuito de impedir a integração social dos escravos recém-libertados. Em 1871 o presidente americano Ulysses Grant colocou o grupo da ilegalidade, considerando-o terrorista e banindo-o dos Estados Unidos. Entretanto, em 1915 uma segunda KKK surgiu em Atlanta, Georgia, perseguindo não apenas negros, como também judeus e estrangeiros. Estima-se que na metade da década de 1920, quando o grupo atingiu seu ápice, a organização contava com 4 a 5 milhões de membros espalhados nacionalmente. Em razão de divisões internas, crimes cometidos por seus líderes e oposição externa, a Ku Klux Klan foi perdendo sua força nos anos de 1930 até desaparecer novamente na metade da década de 1940.

<sup>28</sup> *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), 1969.

Em virtude desses fatos, o Estado de Ohio acusou Brandenburg de violar o *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*<sup>29</sup>. Como provas, a acusação apresentou as filmagens do encontro, armas utilizadas no dia, testemunhas identificando Brandenburg como o autor do discurso e o capuz vermelho utilizado por ele.

O líder da Ku Klux Klan foi então condenado pela *Court of Common Pleas* (o equivalente ao Juízo de primeiro grau no ordenamento jurídico brasileiro) de *Hamilton County*.

Após sua condenação inicial, Brandenburg passou a ser assistido pela *American Civil Liberties Union of Ohio* (União das Liberdades Cíveis Americanas de Ohio), e o advogado voluntário, Allen Brown, ficou encarregado do caso.

Ele apelou para a Suprema Corte de Ohio, alegando que o *Ohio's Criminal Syndicalism Statute* violava a Primeira e a Décima Quarta Emenda<sup>30</sup> à Constituição Americana, no que diz respeito à liberdade de expressão. Contudo, a Corte rejeitou seu apelo sem sequer exprimir opinião ou conclusões, por entender que não havia questões constitucionais substanciais no caso.

Brandenburg, então, apelou para a Suprema Corte Americana.

### 1.3.2 A decisão da Suprema Corte

O caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) foi julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1969. A decisão, que reverteu a condenação, foi tomada *Per Curiam*, o que significa que foi proferida pela Corte em si, não listando um juiz

---

<sup>29</sup> *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*: estatuto aprovado no estado de Ohio em 1919 que tornou ilegal, dentre outras, as condutas de defender, advogar em prol de crimes, sabotagem, violência, ou outras medidas terroristas ilegais como meios de realizar reformas políticas ou industriais (sindicalismo criminoso); e reunir voluntariamente qualquer sociedade, grupo, ou assembleia de pessoas para ensinar ou advogar a doutrina do sindicalismo criminoso (condutas pelas quais Brandenburg estava respondendo).

<sup>30</sup> **Décima Quarta Emenda, Seção 1**: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. Tradução livre.

específico como autor. Essa caracterização confere ainda mais relevância e importância para a decisão.

Como fundamento, a Corte cita vários precedentes, e elucida que as garantias constitucionais à liberdade de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba ou condene a advocacia (defesa) do uso da força ou violação da lei, exceto quando essa defesa visa incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e provavelmente incitará ou produzirá tal ação.

Com isso, não apenas a Corte cria um quesito objetivo para analisar quando um discurso está protegido pela Primeira Emenda (e, portanto dentro dos limites de proteção à liberdade de expressão) ou não, como também define de maneira bastante direta, que:

O mero ensinamento abstrato... de conveniência moral ou até de necessidade moral de recorrer à força e violência, não é o mesmo que preparar um grupo para tomar ações violentas ou fortalecê-lo para tanto.<sup>31</sup>

Ou seja, conclui que a mera advocacia abstrata de atitudes ilegais não é sinônimo de preparação de um grupo para efetivamente realizá-las.

A decisão ainda preceitua que um estatuto que não consegue fazer essa distinção, inadmissivelmente penetra nas liberdades garantidas pela Primeira e pela Décima Quarta Emenda.

Desta forma, a Corte cria o que ficou conhecido como *Imminent Lawless Action Test*, o que significa que somente poderá haver condenação por incitação se o discurso se encaixar na hipótese de fomento à uma ação ilegal iminente.

Por fim, infere que, medido pelo teste supramencionado, o *Ohio's Criminal Syndicalism Act* não se sustenta, vez que visa punir a mera advocacia abstrata, a mera defesa de ideias, não fazendo uma distinção entre isso e a incitação a uma ação ilegal iminente.

A Corte, então, declara que o estatuto (*Ohio's Criminal Syndicalism Act*) perece diante da Primeira e da Décima Quarta Emenda, e desta forma, reverte a decisão que condenou Clarence Brandenburg.

---

<sup>31</sup> *Noto v. United States* (367 U.S. 290), 1961 *apud* *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), 1969.

### 1.3.3 A importância de *Brandenburg v. Ohio* e o *Imminent lawless action test*

Como já mencionado, *Brandenburg v. Ohio* é considerado um caso paradigma para o direito norte-americano no que tange a liberdade de expressão e o discurso do ódio. Isso porque, representa o marco de uma abordagem mais protetiva ao discurso ao definir quando o governo pode interferir e punir discursos que defendam ou incitem ações consideradas ilegais.

Na decisão, a Suprema Corte estabelece a medida pela qual a Primeira Emenda deve ser interpretada ao proferir que:

As garantias constitucionais da liberdade de expressão não permitem a um estado proibir ou banir a advocacia (defesa) do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal advocacia é dirigida a incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e provavelmente incitará e produzirá tal ação.<sup>32</sup>

Percebe-se, assim, que pela primeira vez, a Suprema Corte formulou um “princípio” objetivo a respeito do assunto, compilando ideias que até já haviam sido anteriormente defendidas, mas nunca de maneira tão explícita.

Através do *Imminent lawless action test* (Teste da ação ilegal iminente, também conhecido como *Brandenburg test*), o discurso passa a ter uma proteção jamais antes vista no direito norte-americano.

De acordo com Chemerinski, uma condenação sob o *Brandenburg test* só pode ser considerada constitucional se for objetivamente observado no discurso proferido: a) um dano [ação] iminente; b) a probabilidade de produzir uma ação ilegal; c) a intenção de causar iminentemente essa ilegalidade.<sup>33</sup> Ou seja, pode-se distinguir a presença de três elementos distintos nesse teste: a iminência e a probabilidade (da ação) e a intenção (do agente).

Nenhum dos testes anteriores abordava a questão da intenção do agente. O discurso anteriormente era julgado por si só. Era muito mais importante considerar se a mensagem do discurso continha uma tendência nociva, ou o perigo que ele representava, do que a intenção que o agente tinha ao proferi-lo.

<sup>32</sup> *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), 1969.

<sup>33</sup> CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 999.

Ademais, nenhum dos outros princípios havia estabelecido claramente a necessidade da probabilidade da ação iminente. Percebe-se que não se fala mais no perigo que o discurso representa, e sim na ação ilegal que ele pode vir a causar. Não mais pode ser punido um discurso que apresente um perigo abstrato, relativo, ou que dependa das circunstâncias para ser caracterizado, sendo necessário para haver condenação, a probabilidade e a iminência de uma ação ilegal concreta.

Com essa decisão, a Suprema Corte restringiu as hipóteses em que a expressão de ideias incitatórias e de ódio podem ser punidas, afirmando o caráter abrangente e protetivo da Primeira Emenda em relação à liberdade de expressão nesse sentido.

Cumprе ressaltar, ainda, que o caso *Brandenburg v. Ohio* em alguns aspectos se assemelha ao caso *Whitney v. California*, vez que em ambos os sujeitos estavam sendo acusados de violar *criminal syndicalism statutes* em decorrência de suas ações e discursos. Entretanto, o desfecho dos dois é oposto. Em *Whitney*, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade do estatuto da Califórnia, e consequentemente, manteve a condenação; já em *Brandenburg* a posição foi de que o estatuto de Ohio era inconstitucional e a condenação foi revertida.

Em virtude da similaridade dos casos, e da diferença de desfechos, a Suprema Corte, na decisão de *Brandenburg v. Ohio*, não apenas reverteu a condenação de Clarence Brandenburg, como também, ao declarar a inconstitucionalidade do *Ohio's Criminal Syndicalism Act*, revogou expressamente a decisão de *Whitney v. California* ao dispor que:

Nesse sentido, somos confrontados com uma lei que, por suas próprias palavras e como aplicado, visa punir a mera defesa de ideias e proibir, sob pena de punição criminal, a reunião com outras [pessoas] meramente para defender o tipo de ação descrito. Esse estatuto parece diante do previsto na Primeira e na Décima Quarta Emenda. O ensinamento contrário de *Whitney v. California*, supra, não pode ser mantido, e sua decisão é portanto revogada.<sup>34</sup>

*Brandenburg v. Ohio* guarda, também, relação direta com outro precedente da Suprema Corte: o caso *Dennis v. United States*. Isso porque, no caso *Brandenburg*, *Dennis* é citado como uma decisão que levou ao descrédito o raciocínio utilizado em *Whitney v. California*, e que ajudou a estabelecer o princípio utilizado na formulação do *Imminent lawless action test*.

---

<sup>34</sup> *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), 1969. Tradução livre.

Todavia, assinala Chemerinski que é intrigante o fato da Suprema Corte ter apresentado o *Brandenburg test*, como uma formulação feita a partir do caso *Dennis*, ao invés de apresentá-lo como uma expansão substancial da proteção da liberdade de expressão, porquanto em *Dennis* a Suprema Corte negou expressamente a necessidade de se provar o perigo iminente de uma ação ilegal provável para que o discurso pudesse ser punido.<sup>35</sup>

Outro aspecto intrigante na decisão de *Brandenburg v. Ohio*, continua Chemerinski, é que, por mais que tenham sido definidos critérios objetivos para os julgamentos de casos envolvendo o e a liberdade de expressão, a Suprema Corte não especificou claramente como esses critérios – intenção (do agente), iminência e probabilidade (da ação) – devem ser avaliados. Por exemplo, não fica claro, em relação à ação ilegal que o discurso pode vir a causar, se quanto mais grave o perigo dela, menor a necessidade de sua iminência ou probabilidade, ou se seria necessário a existência de certa iminência e probabilidade não importando quão grave a ação. Da mesma forma, não fica clara a definição de “intenção” e o que deve ser provado para estabelecê-la.<sup>36</sup>

Mesmo o *Imminent lawless action test* não sendo completamente específico e pormenorizado em relação aos seus requisitos, a decisão de *Brandenburg v. Ohio* redefiniu os parâmetros para o julgamento de casos envolvendo as manifestações de ideias e estabeleceu uma proteção muito maior a elas. Se o *Imminent lawless action test* tivesse sido aplicado, por exemplo, nos casos *Schenck v. United States*, *Whitney v. California* ou *Dennis v. United States*, certamente seus desfechos teriam sido diferentes e a condenação dos indivíduos, revertida.

Cabe salientar, entretanto, que diferentemente dos casos supramencionados, *Brandenburg v. Ohio* foi julgado em tempos de paz e normalidade social, sem preocupações com guerras ou outras situações mais críticas e delicadas.

Há mais de quarenta anos que a decisão de *Brandenburg* e o teste nela proposto, vem sendo usados nos julgamentos de casos relacionados à manifestação de ideias e à Primeira Emenda. Resta saber se na ocorrência de alguma situação social

---

<sup>35</sup> CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 999. Tradução livre.

<sup>36</sup> Ibidem.



adversa ou em épocas de crise, essa abordagem tão protetiva à liberdade de expressão é capaz de se sustentar.

Desta forma, conseguimos observar nesse primeiro capítulo que a liberdade de expressão está assegurada e protegida no ordenamento jurídico norte-americano pela Primeira Emenda, acrescentada à Constituição dos Estados Unidos em 1791.

Ainda que a liberdade de expressão sempre tenha sido considerada de extrema importância para os norte-americanos, a interpretação dada à Primeira Emenda foi sendo modificada ao longo dos anos através de decisões da Suprema Corte, até se chegar, como aponta Fallon, a uma abordagem que atualmente protege quase todas as formas de expressão.<sup>37</sup>

Essa concepção mais protetiva foi sendo moldada pouco a pouco pela Suprema Corte por meio de decisões com desfechos nem sempre favoráveis à liberdade de expressão, mas que cada vez foram estabelecendo critérios teoricamente mais rigorosos para uma condenação.

Através das decisões da Suprema Corte, os limites relacionados aos discursos “problemáticos” e à manifestação de ideias foram sendo ampliados até se chegar ao caso *Brandenburg v. Ohio*. O caso, independente dos aspectos motivadores da decisão e da conjuntura social da época em que foi julgado, é considerado até hoje referência em relação aos discursos incitatórios e de ódio, traduzindo o atual entendimento do judiciário norte-americano em relação à proteção garantida à liberdade de expressão pela Primeira Emenda nesse sentido.

---

<sup>37</sup> FALLON Jr., Richard H., **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 32.

## 2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO BRASILEIRO – O CASO *ELLWANGER*

### 2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil data de 1988, época pós ditadura militar. Depois de um período de forte repressão e censura, era grande a preocupação da Assembleia Constituinte em assegurar e proteger os direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade de expressão. Essa preocupação fica evidente no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição<sup>38</sup>. As quatro hipóteses elencadas nesse artigo são chamadas de “cláusulas pétreas” e não podem ser objeto sequer de proposta de modificação constitucional, por serem consideradas fundamentais para as bases da República Federativa do Brasil. O inciso IV do referido parágrafo e artigo, protege os direitos e as garantias individuais, conferindo, desta forma, à liberdade de expressão o *status* de cláusula pétrea.

No ordenamento jurídico brasileiro a liberdade de expressão é vista sob diferentes prismas. José Afonso da Silva, por exemplo classifica-a como aspecto externo da liberdade de pensamento e opinião, e que se caracteriza “pelo exercício das

---

<sup>38</sup> **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

**§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

**I - a forma federativa de Estado;**

**II - o voto direto, secreto, universal e periódico;**

**III - a separação dos Poderes;**

**IV - os direitos e garantias individuais.**

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção de conhecimento”.<sup>39</sup>

Entretanto, no presente trabalho nos interessa especificamente o estudo da liberdade de expressão como forma de manifestação do pensamento, de ideias e opiniões, sem adentrarmos nas classificações particulares de liberdade religiosa ou de imprensa propriamente ditas, por exemplo.

A liberdade está presente ao longo de todo o texto constitucional, e vários são os dispositivos que asseguram a proteção à liberdade de expressão e seus desdobramentos. Dentre eles, cumpre ressaltar os incisos IV e IX do artigo 5º que assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Importante destacar também o disposto no art. 220 da Constituição, que prevê que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A interpretação deste último artigo implica no reconhecimento de que a expressão é livre, não podendo, via de regra, sofrer qualquer restrição. Entretanto, conforme a parte final do dispositivo, no tocante ao assunto, deve ser observado o disposto na Constituição, ou seja, a própria Constituição serve de limite para a liberdade de expressão.

Sobre o tema, observam Marques, Muniz e Brandão que:

Da ampla cobertura ofertada pelo próprio texto constitucional é possível inferir, ainda, que a garantia da liberdade de expressão, nos moldes concebidos no ordenamento pátrio, é direito negativo, de abstenção do

---

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 243.

Estado, mas também, positivo, de intervenção do mesmo quando necessária sua promoção ou restrição.<sup>40</sup>

Assim, tem-se que, ainda que à primeira vista a Constituição Federal garanta a livre manifestação do pensamento (direito negativo, de abstenção do Estado), o ordenamento jurídico brasileiro permite a intervenção estatal na esfera da liberdade individual quando verificada necessidade de promover ou restringir essa manifestação.

Nesse sentido, aponta Sylvio Motta:

O direito à manifestação do pensamento não autoriza toda e qualquer manifestação, como, por exemplo a apologia a fatos criminosos (art. 287 do Código Penal) ou a propaganda do nazismo (Lei nº 7.716/89, art. 20, § 1º).

Um dos princípios mais interessante do estudo dos direitos é o de que ninguém pode deles abusar. O abuso de direito é contrário ao próprio direito e gera responsabilidade civil e, dependendo do caso, criminal.<sup>41</sup>

Na mesma senda, leciona José Afonso Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato.<sup>42</sup>

Desta forma, grande parte da doutrina entende que no direito brasileiro a proteção à liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser restringida quando sua manifestação configurar abuso de direito ou ir de encontro ao disposto na Constituição. Resta então, identificar quando um discurso se encontra na esfera de proteção à liberdade de expressão, e quando configura abuso. Sendo papel do judiciário fazer essa distinção, pois, mesmo existindo previsões expressas nesse sentido (como nos casos mencionados por Motta, por exemplo), na grande maioria das vezes a linha entre o que está protegido e o que é abuso ou contrário à Constituição é muito tênue, cabendo ao judiciário fazer a análise caso a caso.

Dentre as decisões do judiciário brasileiro a respeito do assunto, a mais paradigmática, e que gerou maior repercussão nacional, certamente foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus 82.424/RS, em 2003.

<sup>40</sup> MARQUES, A. R. M.; MUNIZ, A. B.; BRANDÃO, M. S. **A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)**. In Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais. Coordenador: PARDO, David Wilson de Abreu. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 134.

<sup>41</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 79/80.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 245.

O argumento suscitado no habeas dizia respeito à prática de racismo: se os judeus poderiam ser considerados uma raça ou não, e assim se os atos praticados pelo paciente se tratavam de racismo (sendo então imprescritíveis) ou apenas de discriminação. Entretanto, ao longo do julgamento, os Ministros passaram a considerar também os aspectos relacionados à liberdade de expressão, fazendo uma análise aprofundada sobre o tema e seus limites constitucionais.

## 2.2 O CASO *ELLWANGER* (HABEAS CORPUS 82.424/RS)

### 2.2.1 Os fatos

Siegfried Ellwanger foi um industrial gaúcho que, após a venda de sua empresa, dedicou-se a pesquisar sobre a Segunda Guerra Mundial. Ellwanger escreveu diversos trabalhos sobre o assunto e fundou a Revisão Editora e Livraria Ltda., para publicar e vender seus próprios livros e de outros autores. Ele se considerava um revisionista, objetivando com suas obras promover uma revisão histórica a respeito da segunda guerra, apresentando outros aspectos e pontos de vista sobre os acontecimentos ocorridos na época. Contudo, suas obras se revestiam de um caráter antissemita bastante acentuado.

Dentre as obras antissemitas editadas e publicadas por ele, estavam: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”, de sua autoria, sob o pseudônimo de S. E. Castan; “O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil” e “Brasil Colônia de Banqueiros” escritas por Gustavo Barroso; “Os Protocolos dos Sábios de Sião” apostilada por Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio de Oliveira; e “Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Lista conforme obras mencionadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto. HC 82.424/RS. p. 794.

Em virtude da edição e publicação desses livros, Ellwanger foi denunciado pelo crime de racismo contra os judeus (art. 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990<sup>44</sup>), sendo a denúncia recebida em 14/11/1991 pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre.

Em 1995 ele foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau, “sob o fundamento de que as obras eram de teor histórico e, portanto, protegidas pela liberdade de expressão”<sup>45</sup>. O Ministério Público, que em sede de alegações finais já havia se manifestado pela absolvição, não recorreu da sentença. Todavia, os assistentes de acusação, Sr. Mauro Juarez Nadvorny e a Federação Israelita do Rio Grande do Sul, interpuseram recurso de apelação.

Sob a relatoria do Des. Fernando Mottola, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 31/10/1996, deu provimento ao recurso para condenar Ellwanger a dois anos de reclusão, com *sursis*, por crime de racismo. Os advogados do réu impetraram habeas corpus em seu favor no Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus 15.155), que foi indeferido, pois a 5ª Turma do STJ confirmou o entendimento do TJRS de que o crime se tratou de racismo, sendo assim, imprescritível.

A defesa de Ellwanger impetrou então habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, com os seguintes fundamentos:

Embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º XLII, da Constituição<sup>46</sup> ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que “seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença”, sendo afinal concedida a ordem para “desconstituir a averbação da imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado”, reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com “sursis” em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> **Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

<sup>45</sup> PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da História, ecos tardios do Integralismo e judicialização do passado**, 2013. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito. p.275.

<sup>46</sup> **Art. 5º, XLII:** A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

<sup>47</sup> Relatório do Min. Moreira Alves. HC 82.424/RS. p. 528-529.

A medida liminar requerida foi indeferida, e o *habeas* foi levado ao plenário em 12/12/2002, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves.

### 2.2.2 O julgamento no Supremo Tribunal Federal

Onze ministros participaram do julgamento<sup>48</sup>, que durou cerca de nove meses, dos quais três votaram no sentido de deferir<sup>49</sup> o habeas corpus e oito no sentido de indeferir<sup>50</sup>.

Inicialmente, o objeto principal do habeas corpus 82.424/RS foi a questão do racismo. O impetrante alegava que os judeus não constituem uma raça, logo o crime de discriminação contra judeus não poderia ser considerado racismo, e consequentemente, não seria imprescritível.

Em um primeiro momento a discussão foi centrada unicamente nesse aspecto, tendo o Min. Moreira Alves, relator originário, entendido que o delito em questão não configurava racismo, votando pelo deferimento do habeas corpus, para declarar extinta a punibilidade do paciente em virtude da prescrição da pretensão punitiva.

Foi o Ministro Sepúlveda Pertence, ao suscitar a questão do “livro como instrumento de um crime cujo verbo central é ‘incitar’”<sup>51</sup>, durante discussão na confirmação do voto do Min. Moreira Alves, que instigou uma discussão mais aprofundada sobre a questão da liberdade de expressão<sup>52</sup>.

Dentre os Ministros que votaram pelo indeferimento do presente habeas corpus, cabe salientar os votos dos Min. Maurício Corrêa, Celso de Mello e Gilmar

---

<sup>48</sup> O Ministro Joaquim Barbosa passou a integrar a Corte durante o julgamento do presente *habeas*, entretanto, não votou, pois não estava presente no momento do relatório e seu antecessor, o Ministro Moreira Alves, já havia votado.

<sup>49</sup> Ministro Moreira Alves, Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto.

<sup>50</sup> Ministro Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

<sup>51</sup> HC 82.424/RS. p. 607.

<sup>52</sup> A partir disso, ainda que a questão do racismo e da liberdade de expressão tenham sido analisadas concomitantemente pelos Ministros, cumpre no presente estudo uma análise restrita aos argumentos relacionados à liberdade de expressão.

mendes, que acabaram por expor os principais argumentos em relação ao tema em questão.

O Ministro Maurício Corrêa, então Presidente do STF foi o primeiro a votar depois do relator, e o primeiro também a dele discordar. Apesar de ter inicialmente focado sua análise unicamente nas questões acerca do racismo, o Ministro fez também uma breve análise a respeito da liberdade de expressão, concluindo que sua decisão não viola tal princípio constitucional. Isso porque, entende que as garantias fundamentais não são incondicionais e “devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte<sup>53</sup>)”.<sup>54</sup>

Outrossim, expõe ainda que:

A aparente colisão de direito essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação do racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas. [...]

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.<sup>55</sup>

Mesma linha segue o Ministro Celso de Mello que, fundamentando-se em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos e também no parecer do professor Celso Lafer<sup>56</sup>, entendeu que o caso em questão é realmente de racismo, e que tal prática, assim como a intolerância e a discriminação em geral, deve ser fortemente reprimida.

Nessa senda, concluiu que as obras escritas e publicadas por Ellwanger se tratam de incitação ao ódio público contra o povo judeu, e assim, não estão protegidas pelos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão.

Sobre o assunto, discorre:

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao

<sup>53</sup> **Art. 5º, § 2º, primeira parte:** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>54</sup> Voto do Ministro Maurício Corrêa. HC 82.424/RS. p. 584.

<sup>55</sup> Idem. p. 584-585.

<sup>56</sup> O professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ofereceu parecer sobre o caso na condição de *amicus curiae*, argumentando no sentido de indeferimento do *habeas corpus*. Seu parecer foi levado em consideração e serviu de fundamentação para vários dos votos nesse sentido.



nível primário de insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos. [...] <sup>57</sup>

Por fim, assere que, na prática, o exercício da liberdade de expressão pode ocasionar uma colisão de princípios, por entrar em confronto com outros direitos fundamentais; mas que, no contexto do habeas corpus, não existe quaisquer colisão, pois os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana “constituem limitações externas à liberdade de expressão”. <sup>58</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, depois de discorrer sobre o racismo e concluir que o antissemitismo está abarcado nesse conceito, é o primeiro que fala expressamente em discurso do ódio, ao relacionar o racismo e a liberdade de expressão. O Ministro entende que a preocupação das sociedades democráticas com a incitação à discriminação racial no exercício da liberdade de expressão levou ao desenvolvimento de uma doutrina a respeito do discurso do ódio; ressaltando que o “*hate speech*” (discurso do ódio) é bastante abrangente e não tem como objetivo exclusivo a questão racial.

Para desenvolver melhor seu raciocínio a respeito do tema, o Ministro se vale das lições de Kevin Boyle, que em seu estudo “Por que o ‘discurso do ódio’ é um tema problemático?” coloca a questão do conflito entre a liberdade de expressão e o direito a não discriminação numa sociedade democrática, lecionando que:

A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. [...] Mas igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política [...] Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa. <sup>59</sup>

<sup>57</sup> Voto do Ministro Celso de Mello. HC 82.424/RS. p. 628-629.

<sup>58</sup> Idem. p. 631.

<sup>59</sup> BOYLE, Kevin *apud* Min. Gilmar Mendes. HC 82.424/RS. p. 650-651.

Desta forma, o Ministro conclui que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade”.<sup>60</sup>

Mais especificamente em relação ao antissemitismo e a liberdade de expressão, o Min. Gilmar Mendes cita novamente Boyle:

O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias europeias. [...] A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto [...]. As preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais.<sup>61</sup>

Por fim, conclui que o caso em tela não trata de “obras revisionistas de história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus”<sup>62</sup>, e que as obras não representam uma simples discriminação, mas sim um estímulo ao ódio e à violência contra esse povo.

Isto posto, acaba aplicando o princípio da proporcionalidade ao caso, e concluindo ser correta a condenação de Ellwanger, pois o texto constitucional não confere à liberdade de expressão caráter absoluto, e essa liberdade não pode se sobrepor a outros valores como a igualdade e a dignidade humana.

Em contrapartida, quanto aos que votaram pelo deferimento do habeas corpus, cumpre ressaltar os votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

O Ministro Carlos Ayres Britto entende que a liberdade de expressão por si só é um direito quase absoluto, e expõe que tal liberdade deve ser entendida tanto no sentido de manifestar o pensamento, quanto de “expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação”<sup>63</sup>. Todavia, aduz que “a liberdade de que desfruta quem quer que seja para dizer o que quer que seja”<sup>64</sup>, não significa impunidade do titular dessa liberdade em relação a eventuais abusos desse direito. Assinalando,

<sup>60</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes. HC 82.424/RS. p. 651.

<sup>61</sup> BOYLE, Kevin *apud* Min. Gilmar Mendes. HC 82.424/RS. p. 651-653.

<sup>62</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes. HC 82.424/RS. p. 670.

<sup>63</sup> Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. HC 82.424/RS. p. 806.

<sup>64</sup> Idem. Nesse sentido, o Ministro faz referência a um verso de um poema antigo de sua autoria: “A liberdade de expressão é a maior expressão de liberdade”.

inclusive, que a Constituição prevê em seu art. 5º, incisos V e X<sup>65</sup>, dispositivos específicos para combater esses abusos.

Em relação aos possíveis abusos, explana que o art. 5º, inciso VIII da Constituição<sup>66</sup>, apresenta três hipóteses de excludentes de abusividade, quais sejam: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Nesse sentido, ao analisar a obra de autoria do paciente, acaba por concluir que tal encontra-se dentro do campo da convicção política, ou político-ideológica, tendo como objetivo o revisionismo histórico e o debate intelectual<sup>67</sup>, não encontrando nela apologia à guerra, tampouco ao boicote a produtos ou a pessoas de nacionalidade judaica, ou sequer ao extermínio físico de quem quer que seja. Já quanto às obras editadas por Ellwanger, enquadra-as no âmbito da sua liberdade de iniciativa enquanto empresário, vez que levam a assinatura dos seus escritores, pelas quais ele não deve responder, além estarem protegidas pela Constituição por também se encontrarem no campo da convicção política.<sup>68</sup>

Frente o exposto, o Ministro vota pelo deferimento do habeas corpus de ofício, por entender que o paciente não incorreu em conduta penalmente típica, pois não se tratou de racismo, apenas de exposição de convicções políticas-ideológicas, protegidas assim pela liberdade de expressão.

O Ministro Marco Aurélio vai ainda mais a fundo na análise da questão da liberdade de expressão, e entende que no presente caso está-se diante de uma colisão entre esse princípio e o da proteção à dignidade do povo judeu.<sup>69</sup>

Ele entende que a liberdade de expressão é essencial para a construção de uma sociedade livre e plural, e consequentemente para a eficácia do princípio democrático, ressaltando que os piores acontecimentos da história mundial ocorreram em épocas de limitação das comunicações.

---

<sup>65</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**V** - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

**X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>66</sup> **VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

<sup>67</sup> Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. HC 82.424/RS. p. 844 e 847.

<sup>68</sup> Idem. p. 850.

<sup>69</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio. HC 82.424/RS. p. 870.

Defende, então, que todas as opiniões devem ser respeitadas e protegidas, mesmo as que contrariem aquela da maioria ou que sejam consideradas erradas, e, em relação ao assunto, discorre que:

Garantir a expressão apenas de ideias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente.

[...] Não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de expressão é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do país”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.<sup>70</sup>

Nessa senda, aduz:

É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão, ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.<sup>71</sup>

Ao final, conclui que, no caso em questão, Ellwanger não instigou, nem incitou a prática de racismo, pois a mera defesa de uma ideologia não é crime, ainda que ela possa causar repúdio a muitas pessoas. Ademais, entendeu que, mesmo que alguns concordem com as ideias contidas nos livros, a exposição de uma versão pessoal de um fato histórico como o holocausto não representa um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país como o Brasil que nunca cultivou repulsa a esse povo.

Isto posto, por julgar legítima a manifestação de opinião do paciente, e por não considerar essa manifestação como ofensiva à dignidade do povo judeu, tampouco como racismo, o Ministro Marco Aurélio vota no sentido de deferir o habeas corpus.

O julgamento do caso durou cerca de um ano, tendo iniciado em 12/12/2002 com o voto do então relator, Min. Moreira Alves, e findado apenas em 17/09/2003, data

<sup>70</sup> Idem. p. 882-883.

<sup>71</sup> Idem. p. 886.

da assinatura do acórdão pelo Min. Maurício Corrêa, então Presidente do STF, e relator designado. O acórdão, que conta com mais de 500 páginas, foi fruto de exaustivas discussões, e exposições de entendimentos dos Ministros acerca do racismo e da liberdade de expressão, se tornando a decisão mais relevante do judiciário brasileiro em relação ao discurso do ódio.

### **2.2.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal e sua importância**

Ante a análise de todos os votos, pode-se concluir, como aponta Gouveia, que tanto os Ministros que votam pelo indeferimento, quanto os que votam pelo deferimento do habeas corpus, conceituam de forma semelhante a liberdade de expressão, diferindo apenas quanto à abrangência do princípio no caso concreto.<sup>72</sup>

Os Ministros que votam por denegar a ordem atentam para a importância da liberdade de pensamento e opinião numa sociedade democrática, entretanto concluem que tal não é um direito absoluto, e que não pode prevalecer a qualquer custo sobre outros princípios.

Boa parte dos Ministros que votaram nesse sentido entende que no caso concreto está-se diante de um conflito entre o princípio da liberdade de expressão e o da dignidade da pessoa humana – sendo que alguns mencionam também o princípio da igualdade – e que frente a essa colisão prevalece a proteção à dignidade, vez que se trata de direito de toda uma parcela da sociedade, que reafirma e engrandece os direitos humanos, protegidos inclusive por tratados internacionais.

Alguns Ministros chegam a expor que, mesmo abstratamente, independente da análise do caso concreto, a dignidade da pessoa humana por si só constitui um limite externo à liberdade de expressão, e que essa não pode abarcar ofensas à integridade das pessoas ou condutas penalmente típicas como o racismo.

---

<sup>72</sup> GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio. **O Conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424/RS**. 2005. Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação – Sociedade Brasileira de Direito Público.

Quanto aos Ministros que votam pelo deferimento do habeas corpus, esses entendem que a liberdade de expressão é uma das bases da democracia, e que através dela é que se faz possível a construção de uma sociedade livre e plural, atribuindo-lhe um caráter extremamente abrangente, e encarando-a como um princípio quase absoluto. Por essa razão, os Ministros entendem que a liberdade de expressão não pode ser punida ou reprimida, cabendo restrições posteriores apenas em relação à forma de seu exercício.

No tocante ao caso concreto, concluem que a atividade exercida pelo autor não se trata de conduta criminosa, e que não viola a dignidade do povo judeu, estando plenamente abarcada e protegida pela liberdade de pensamento e opinião.

Após a exposição de todos os votos<sup>73</sup> e discussões acerca do tema, por 8 votos a 3, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo indeferimento do habeas corpus 82.424/RS.

Valendo-se de argumentos jurídicos, históricos, sociais, antropológicos, biológicos, e até mesmo bíblicos, a respeito do antissemitismo e do conceito de raça, a Suprema Corte entendeu que Siegfried Ellwanger, ao editar e publicar as referidas obras de própria autoria e de outros autores, praticou o crime de racismo.

Sobre a questão ficou decidido que:

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).<sup>74</sup>

Já em relação à liberdade de expressão, que inicialmente não era objeto do presente habeas corpus, mas que se tornou questão central do debate, o Supremo Tribunal Federal concluiu não se tratar de garantia absoluta, devendo ser submetida a limites morais e jurídicos.

Nessa senda ficou ementado:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.

<sup>73</sup> Cumpre ressaltar que todos os Ministros (à exceção do Min. Joaquim Barbosa) exprimiram voto escrito.

<sup>74</sup> Ementa do HC 82.424/RS. p. 524.

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

[...] No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos.<sup>75</sup>

A decisão do caso Ellwanger acabou por tornar-se paradigma no ordenamento jurídico brasileiro em relação à liberdade de expressão e o discurso do ódio, tendo o STF, ao decidir o presente caso, estabelecido seu precedente mais importante quanto ao tema.

Em relação à posição consolidada pelo Supremo com o julgamento do habeas corpus 82.424/RS, verifica-se uma postura mais restritiva em relação à liberdade de expressão, fazendo prevalecer sobre ela outros princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica. Entretanto, os parâmetros estabelecidos para essa limitação se mostram bastante relativos e subjetivos; o que, considerando a grandeza e a importância que esse precedente representa para o direito brasileiro, torna-se um tanto temerário.

---

<sup>75</sup> Idem. p. 525-526.

### 3 ASPECTOS DISTINTIVOS DO CASO *BRANDENBURG V. OHIO* E DO CASO *ELLWANGER*

#### 3.1 DEFINIÇÃO DE DISCURSO DO ÓDIO

Dentre os vários temas e aspectos que envolvem a liberdade de expressão, uma das questões mais polêmicas e controversas certamente é a do *hate speech*<sup>76</sup>.

O discurso do ódio se caracteriza pela expressão do pensamento de maneira depreciativa voltada a um determinado grupo da sociedade, com o intuito de insultar, desqualificar, menosprezar e humilhar o grupo como um todo e os indivíduos a ele pertencentes.

Sobre o assunto, discorre Meyer-Pflug:

Ele [o discurso do ódio] consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. [...]

Pode ser considerado como apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros.<sup>77</sup>

Na mesma senda, leciona Brugger:

De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> *Hate speech* é a denominação em inglês para “discurso do ódio”. Na literatura a respeito do assunto, é recorrentemente utilizada a expressão desta forma – o Ministro Gilmar Mendes, inclusive, em seu voto no HC 8.2424-2/RS, utiliza-se da expressão estrangeira ao se referir ao tema – razão pela qual, no presente trabalho, ambas as denominações (“discurso do ódio” e “*hate speech*”) serão utilizadas no mesmo sentido.

<sup>77</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 97-98.

<sup>78</sup> BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. *Revista Direito Público* 15/188, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, ano 4, jan-mar. 2007. p. 118. Tradução livre.



Desta forma, infere-se que o *hate speech* não se trata apenas de mera discriminação em relação a grupos sociais, mas sim de um discurso que objetiva, por meio da depreciação desse grupo, promover sua exclusão social.<sup>79</sup>

Outrossim, define Lewis o discurso do ódio como: “ataques virulentos a judeus, negros, muçulmanos, homossexuais ou membros de qualquer outro grupo. É ódio puro, não baseado em algum erro praticado por um indivíduo”.<sup>80</sup>

Verifica-se, então, que o discurso do ódio não é voltado para uma pessoa específica, não se trata de um insulto baseado nas características de um indivíduo em particular. “Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade”.<sup>81</sup> Ou seja, o indivíduo não é alvo em razão de aspectos pessoais e particulares, mas sim por pertencer a um determinado grupo, vez que ele (o grupo) é que é o foco do discurso.

Na maioria dos casos envolvendo *hate speech*, o discurso é proferido por membros de uma maioria dominante e direcionado a grupos minoritários. Entretanto, é possível que a situação se dê de maneira inversa, isto é, proferido “por grupos que historicamente foram objeto de discriminação e se voltar contra um membro do grupo dominante”.<sup>82</sup> Nesses casos o discurso não tem necessariamente um caráter discriminatório e depreciativo, e sim de “retaliação pelas agressões sofridas pela minoria, mas [que] se dirige contra uma parcela inocente do grupo dominante”.<sup>83</sup> Assim, está-se diante de uma situação em que o discurso se volta não exatamente contra aqueles que causaram as agressões, mas sim contra representantes inocentes daquele grupo, deixando de ser um mero mecanismo de defesa, para ser uma expressão de ódio contra pessoas tão inocentes quanto a própria minoria que o está proferindo.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> CASTRO, M. F. de; FREITAS, R. S. de. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66. p. 327-355, julho 2013. p. 344.

<sup>80</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 187.

<sup>81</sup> CODERCH, Pablo Salvador. *Apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

<sup>82</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Nesse sentido, Meyer-Pflug traz o exemplo de um discurso proferido por um grupo de judeus contra jovens alemães, que não foram responsáveis pelo holocausto e sequer cultivam ou compactuam com esses valores; ou então de um negro contra os brancos, em uma sociedade que praticou a escravidão, mas há

Quanto ao tratamento despendido ao discurso proferido pelas maiorias e pelas minorias, boa parte dos estudiosos acredita que ele deva ser assimétrico, o que significa que o julgamento dos casos envolvendo essas questões não deve levar em conta apenas o discurso em si, mas também quem o proferiu, sendo o tratamento diferenciado quando se trata de um discurso proferido por membros de um grupo dominante ou minoritário.

Em relação ao assunto, Greenawalt entende que o mal causado pelo discurso preocupa tanto quanto o seu teor, e aponta que o tratamento assimétrico poderia ser justificado com base no fato de que, para os indivíduos pertencentes a grupos sociais mais favorecidos é menos doloroso aceitar insultos e expressões denegritórias voltadas à sua posição privilegiada, do que para aqueles que sabem que os termos a eles dirigidos refletem um grande preconceito contra o grupo ao qual pertencem. Como exemplo, cita que na maioria dos casos, *honkey* (insulto voltado para pessoas brancas), machuca muito menos do que *nigger* (insulto dirigido a negros).<sup>85</sup>

Meyer-Pflug, por sua vez, para ilustrar questão do tratamento assimétrico, se utiliza do exemplo de um negro proferindo um discurso contra os brancos em uma sociedade que um dia praticou a escravidão, mas há muito a aboliu, e conclui que:

[...] a geração atual de cidadãos não foi responsável pelas atrocidades do passado, e não pode ser culpada por esses fatos históricos. Não há negar-se que deve prevalecer a solidariedade de modo que o sistema deve propiciar a integração desses setores da sociedade que foram por longo período excluídos, mas responsabilizar essa geração pelas atrocidades e erros do passado ultrapassa o limite do razoável.<sup>86</sup>

Ante o exposto, pode-se perceber que, ainda que possível conceituar o discurso do ódio; contudo, ao trazermos esse conceito para a realidade e aplicá-lo aos casos concretos, ele se mostra bastante vago, sendo difícil identificar com clareza quando um discurso pode ser considerado *hate speech* ou não.

De mais a mais, a questão central, e que gera toda a polêmica em torno do discurso do ódio, não é sua conceituação e identificação por si só, mas sim o estabelecimento de quando o discurso proferido está protegido pela liberdade de expressão e quando é passível de punição.

---

muito já a aboliu, sendo que essa geração não pode ser culpada pelas atrocidades cometidas por gerações anteriores. (Idem. p. 101).

<sup>85</sup> GREENAWALT, Kent. **Fighting Words**. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 55.

<sup>86</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 101.

Nesse sentido não há uma resposta ou fórmula pronta, e, apesar de existirem as mais diversas teorias sobre o assunto, a análise acaba sendo feita casuisticamente, de acordo com o contexto e o entendimento jurídico de cada ordenamento em particular.

### 3.2 O DISCURSO DO ÓDIO *VERSUS* A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IGUALDADE

Como se pôde observar nos capítulos anteriores, nos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro, os mesmos dispositivos constitucionais que protegem a liberdade de expressão, proíbem a censura. Assim, tem-se que a expressão do pensamento é livre, não podendo sofrer restrições prévias.

Entretanto, a liberdade de expressão e a proibição da censura não garantem que todo discurso possa ser proferido sem qualquer consequência ou represália posterior em relação ao seu autor. Isso porque, muitas vezes ao exercer seu direito de expressão, o autor discurso pode acabar por extrapolar os limites da proteção constitucional dada a ele e, nesses casos, poderá ser punido.

Nesse sentido, tanto a Constituição americana, quanto à Constituição brasileira, restringem-se ao estabelecimento de linhas gerais no que tange ao âmbito de proteção da liberdade de expressão<sup>87</sup>, deixando uma distinção mais minuciosa e pontual de quando um discurso está protegido, e quando pode ser punido, para o judiciário, na análise dos casos concretos, vez que na grande maioria das vezes a linha entre o que está protegido e o que pode ser punido é muito tênue.

Em relação especificamente ao discurso do ódio, tem-se que sua limitação esbarra principalmente na questão da proteção à dignidade humana e da igualdade.

---

<sup>87</sup> Nessa senda, a Constituição brasileira, por exemplo – como visto no capítulo II –, estabelece o próprio texto constitucional como limite à liberdade de expressão, ou seja, o discurso é protegido desde que não vá de encontro a outras previsões constitucionais.

### 3.2.1 Definição de Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade

Sobre a dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva a define como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>88</sup>.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes classifica-a como um dos fundamentos<sup>89</sup> do Estado democrático de direito brasileiro e leciona que:

[A] dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.<sup>90</sup>

Já quanto à igualdade, assevera Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, das leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. [...]

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – *limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular*.

[...] o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 105.

<sup>89</sup> Para Alexandre de Moraes, os outros fundamentos do Estado democrático de direito brasileiro são: a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21-22).

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21-22. Itálico no original.

<sup>91</sup> Idem. p. 37-38.

Percebe-se, então, que no direito brasileiro a igualdade não se restringe ao direito das pessoas de serem tratadas como iguais perante a lei, mas também de serem tratadas como iguais entre elas mesmas. É do princípio da igualdade que decorre o princípio da não discriminação, que se volta não apenas ao legislador, mas também aos particulares.

No ordenamento jurídico norte-americano, a dignidade é encarada de maneira bastante semelhante ao Brasil, entretanto, no que tange à igualdade, a chamada “Cláusula de Igualdade de Proteção”, constante da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos preconiza que “Nenhum Estado poderá [...] negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”<sup>92</sup>, focando, assim, a questão da igualdade naquela entendida como perante a lei, ou seja, no sentido de que o governo não pode editar leis ou despender tratamento que não seja igualitário a todos.

Ainda que existam algumas diferenças na interpretação dos conceitos de dignidade e igualdade no contexto norte-americano e brasileiro, para fins de análise em relação ao *hate speech* ambos são encarados no mesmo sentido, como possíveis limitadores ao discurso, razão pela qual o assunto será tratado de maneira generalizada, sem fazer distinção específica entre um ordenamento ou outro.

### 3.2.2 Discurso do ódio, dignidade e igualdade

A igualdade e a dignidade são conceitos não apenas jurídicos, mas principalmente morais e políticos. Desta forma, como expõe Eric Barendt, é difícil definir quais são seus escopos no geral, ou o peso que esses princípios tem quando considerados juntamente, e em relação à, liberdade de expressão.<sup>93</sup>

Barendt leciona ainda que, dentre outros motivos, os defensores das restrições ao discurso do ódio entendem que ela se faz necessária para proteger os direitos de igualdade e dignidade dos membros de grupos alvos do discurso. Em

<sup>92</sup> Cláusula de Igualdade de Proteção – Parte da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Tradução livre.

<sup>93</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 33-34.

contrapartida, há quem defenda que as restrições infringem o direito daqueles que proferem o discurso de serem tratados com igual respeito e preocupação, isso porque são tratados com desrespeito ao terem sua contribuição para o discurso público descreditada.<sup>94</sup>

Encarando-se a igualdade como um limitador da expressão, tem-se que o argumento se pauta na questão de que todos são iguais e assim devem ser tratados, tanto pelo governo, quanto pelos seu semelhantes. Logo, um discurso que se volte contra um grupo, que vise discriminá-lo, humilhá-lo, menosprezá-lo, como é o caso do discurso do ódio, estaria ferindo tal princípio ao não considerar e não tratar aquele determinado grupo com igualdade.

No entanto, sobre a relação entre a repressão do discurso e a igualdade, discorre João dos Passos:

A repressão legal da palavra por motivos ideológicos contradiz os valores da democracia, do conhecimento, da autonomia e da tolerância, que justificam a liberdade de expressão. Mas não é só: proibir e punir o discurso sob tais bases, além de violar o conteúdo particular da liberdade de expressão, repercute negativamente sobre um princípio mais geral da ordem constitucional, o de que as pessoas são iguais em dignidade e, enquanto tais, devem ser também iguais em respeito. Assim, mesmo se a liberdade de expressão não constituísse uma prerrogativa constitucional especial, a proteção do discurso livre não falharia; o direito de comunicar sem sofrer restrições por razões de mera discordância ou contrariedade representa uma consequência autônoma da igualdade.

[...] Se os homens são iguais em dignidade e credores de igual respeito, a interdição legal de determinadas idéias por razões de discordância e contrariedade viola o princípio. A censura de conteúdos particulares, nesse caso, equivale a dizer que aqueles que os sustentam são menos dignos do que os outros, cujos pensamentos, por estarem de acordo com a ideologia estatal, recebem tratamento privilegiado, podendo circular sem constrangimentos.<sup>95</sup>

Isto posto, percebe-se que, ao contrário do que se pensaria num primeiro momento, a igualdade pode também ser utilizada como argumento para defender o *hate speech*, e não apenas como um limitador desse; tudo depende da abordagem e da interpretação que se dá a esse princípio.

No tocante à relação entre o discurso do ódio e a dignidade humana, Barendt entende que, como possível limitador do discurso, o argumento da dignidade é mais forte do que o da igualdade. Isso porque, a própria liberdade de expressão está fundamentada no respeito pela dignidade humana e racionalidade, logo, seria estranho

<sup>94</sup> Idem. p. 31-32.

<sup>95</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 89-90.

asseverar que um discurso que atente contra a dignidade estará sempre protegido pela liberdade de expressão.<sup>96</sup>

Meyer-Pflug considera que “[o] discurso do ódio, devido ao seu conteúdo incitador e provocador, entra em conflito com a dignidade da pessoa humana, não só da pessoa individualmente considerada, mas da dignidade de um povo”<sup>97</sup>. E nessa senda, aduz:

A proteção ampla à dignidade da pessoa humana impede que sejam levadas a efeito, nessas sociedades discriminações com fundamento na raça, sexo, nas crenças e na etnia. A discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Nesse particular o discurso do ódio agride a dignidade da pessoa humana e deve ser combatido.<sup>98</sup>

Todavia, mesmo entendendo que o princípio da dignidade representa um limitador ao exercício da liberdade de expressão, e que um discurso que afronte esse princípio não pode ser por ela protegido, necessária se faz, como aponta Barendt, a análise caso a caso, para que se possa sopesar a liberdade de expressão e a dignidade no contexto dos fatos particulares.<sup>99</sup>

### 3.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DISCURSO DO ÓDIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Como foi repetidamente apontado ao longo do presente trabalho, as questões envolvendo a liberdade de expressão, e nesse sentido, também o discurso do ódio, devem ser, e acabam sendo, apreciadas casuisticamente, vez que as Constituições de ambos os países estudados limitam-se à delimitação de regras gerais sobre o assunto. É por isso que a análise jurisprudencial a respeito do tema se faz tão importante. É através da jurisprudência que não apenas se consolidam os entendimentos acerca do assunto, mas que efetivamente se formam tais entendimentos.

<sup>96</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 34.

<sup>97</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

<sup>98</sup> Idem. p. 128-129.

<sup>99</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 34.

### 3.3.1 O entendimento e a jurisprudência norte-americana

Conforme estudado no capítulo I, a liberdade de expressão é bastante protegida no direito norte-americano, talvez mais do que em qualquer outro ordenamento jurídico. Isso se dá em virtude desse direito não ser apenas encarado como um direito individual e fundamental, mas também, quase que como um símbolo da sociedade americana. Nesse sentido, aponta Meyer-Pflug que “[n]o sistema constitucional americano protege-se a liberdade ‘instrumental’ entendida como meio capaz de assegurar o regime democrático e a pluralidade política, evitando assim o surgimento de regimes totalitários”.<sup>100</sup>

Frente ao relevante papel da liberdade de expressão no direito norte-americano, é natural que a Suprema Corte do país tenda a adotar uma posição mais protetiva em relação ao discurso.

A respeito da postura norte-americana frente ao discurso do ódio, ministra Lewis:

Os Estados Unidos diferem da maioria das outras sociedades ocidentais no tratamento que dão ao discurso do ódio. Na Alemanha é crime, e um crime grave, exibir a suástica ou qualquer outro símbolo nazista. Em onze países europeus é crime dizer que o Holocausto não aconteceu, que nos anos do nazismo alemães não assassinaram judeus. É assim também no Canadá, e a Suprema Corte canadense decidiu que os que negam o Holocausto podem ser processados e punidos, apesar de a livre expressão ser garantida pela Constituição do país. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda protege o direito de negar o fato do Holocausto.<sup>101</sup>

Ainda sobre o *hate speech*, Meyer-Pflug assevera que “[o] discurso do ódio encontra-se no mundo das idéias e se utiliza de expressões que muitas vezes podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras”.<sup>102</sup> De certa forma, é dessa premissa que parte o atual entendimento jurisprudencial norte-americano. A Suprema Corte entende que deve-se distinguir a expressão das ações que dela possam resultar. Não se pode

<sup>100</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

<sup>101</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 187-188.

<sup>102</sup> Idem. p. 140.



punir a expressão de uma ideia por si só, apenas se dessa manifestação decorrer uma ação ilegal e iminente.

Sobre a distinção entre a expressão e a ação, discorre João dos Passos:

Em primeiro lugar, não existe necessidade de submeter a expressão do pensamento ao mesmo regime de controle das ações não comunicativas. A comunicação lingüística é o campo de atividade humana mais propício para a experimentação de uma liberdade plena, ou de maior quantidade. [...]

No curto prazo, a expressão do pensamento tem, em geral, um potencial de risco menor em comparação com os atos não comunicativos. É mais perigoso o disparo de uma arma de fogo contra um desafeto do que a manifestação verbal do sentimento de inimizado. [...] Por isso, ações violentas são mais problemáticas do que idéias, ainda quando estas exprimam possíveis inconsistências ou hostilidades.<sup>103</sup>

A questão da distinção entre a expressão de ideias e as ações dela decorrentes fica clara na decisão do caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444).

Esse caso, cuja decisão data de 1969, é considerado paradigma no ordenamento jurídico norte-americano, sendo que os parâmetros ali estabelecidos pela Suprema Corte para delimitar quando um discurso pode ser punido e quando está protegido pela Primeira Emenda são utilizados até hoje nas decisões de questões envolvendo a liberdade de expressão.

No Julgamento de *Brandenburg* criou-se o *Imminent lawless action test*, que, como exposto no capítulo I, consiste no estabelecimento de que um discurso só pode ser punido se for capaz de produzir uma ação ilegal e iminente. Ou seja, firmou-se que não se pode punir a advocacia (defesa) do uso da força ou da violação da lei, a não ser quando essa manifestação é dirigida a incitar ou produzir ações ilegais iminentes e que provavelmente incitará e produzirá tais ações.<sup>104</sup>

Fica evidente, com a aplicação desse teste, que o judiciário norte-americano tende a elastecer ao máximo a proteção ao discurso, punindo-o apenas quando dele puder decorrer uma ação iminente e ilegal. Isto é, não se pune o discurso pelo discurso, mas sim em razão da ação ilegal, e provável de ocorrer no curto espaço de tempo, que ele é capaz de gerar; ou, como explana Lewis: “[a] lei da Constituição americana só

<sup>103</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 93-94.

<sup>104</sup> *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444).

permite a proibição quando a violência ou a violação da lei são pretendidas pelos falantes e há probabilidade de elas ocorrerem de imediato”.<sup>105</sup>

O caso *Brandenburg v. Ohio* foi tratado como um caso de “advocacia (defesa) abstrata de idéias ilegais”. Ao longo da decisão não se menciona especificamente o *hate speech*, entretanto, considerando a definição proposta no início deste capítulo, tem-se que o caso em questão pode ser visto como um típico caso de discurso do ódio (voltado contra negros e judeus). Logo, o entendimento exarado pela Suprema Corte nessa decisão diz respeito e atinge também os casos envolvendo discurso do ódio, sendo que, a partir de 1969, tais casos são julgados a partir dessa posição adotada pelo judiciário norte-americano.

Desta forma, em relação à jurisprudência norte-americana sobre o assunto, muito bem conclui Fallon:

Sejam quais forem seus interesses motivadores, *Brandenburg* simboliza vivamente a extensão com que a Primeira Emenda atualmente protege a liberdade de expressar o que Holmes denominou “as ideias que odiamos.”<sup>106</sup> Há mais de trinta anos, ela [a decisão] é vista como lei porque reflete um compromisso cultural amplamente partilhado de proteger a expressão até mesmo das ideias mais remotamente políticas, mesmo quando isso implicar em custos palpáveis – por exemplo, para os alvos do discurso, como os de *Brandenburg* – e maiores riscos para a sociedade como um todo.<sup>107</sup>

### 3.3.2 O entendimento e a jurisprudência brasileira

O ordenamento jurídico brasileiro assegura, por meio de sua Constituição, a proteção à liberdade de expressão. Muitos são os dispositivos constitucionais que tratam sobre o assunto, entre eles, os incisos IV e IX do art. 5º, e o art. 220.

Como trabalhado no capítulo II do presente trabalho, além de assegurar a proteção à liberdade de expressão, a Constituição Federal também estabelece alguns parâmetros gerais a respeito dessa proteção e de sua limitação. Como exemplo, em seu

<sup>105</sup> LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 197.

<sup>106</sup> *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644, 654-55 (1929) (Holmes, J., dissidente).

<sup>107</sup> FALLON Jr., Richard H., **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 41-42. Tradução livre.

art. 220, preconiza que mesmo sendo livre a manifestação do pensamento, deve ser observado o disposto na Constituição; ou seja, a expressão é livre, desde que não contrarie outros direitos também assegurados pelo texto constitucional.

Mesmo estabelecendo alguns parâmetros gerais de limitação em relação à liberdade de expressão, a Constituição e a legislação infraconstitucional brasileira não tratam especificamente sobre o discurso do ódio. A respeito do assunto, expõe Meyer-Pflug:

O sistema constitucional brasileiro protege a liberdade de expressão, bem como a dignidade da pessoa humana e veda a prática do racismo. A maioria dos tratados que versam tanto sobre a proteção à liberdade de expressão, como a proibição de práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos fundamentais, foi ratificada pelo Brasil. A Constituição de 1988, por sua vez, conferiu proteção especial aos direitos fundamentais e inexistia no ordenamento jurídico pátrio uma lei específica proibindo o discurso do ódio.<sup>108</sup>

Ainda sobre a limitação constitucional e o discurso do ódio, convém mencionar as considerações de Carreirão:

No Brasil a única ressalva feita pela Constituição à liberdade de expressão que pode ser relacionada ao discurso do ódio é a vedação ao racismo. A vedação ao racismo é regulamentada pela lei nº 7.716/89, que tipifica diversas condutas consideradas racistas como crime.

É interessante perceber que a lei não incrimina o preconceito racial por si só, mas sim as atitudes provenientes deste preconceito, como a de impedir o acesso de alguém a algum estabelecimento por conta da raça ou a incitação de ódio contra determinada raça. Deste modo, o sistema brasileiro se aproxima muito mais do sistema norte-americano, na medida em que não pune a ideia racista, mas suas consequências.<sup>109</sup>

É em virtude dessa relação entre o discurso do ódio e o racismo que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus 82.424/RS se tornou tão importante para a jurisprudência brasileira a respeito da liberdade de expressão. Foi essa decisão paradigmática que delimitou o tratamento do discurso do ódio no direito brasileiro, e até hoje tal entendimento é o que prevalece em relação ao assunto.

Inicialmente, a questão central do caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424/RS) era se os judeus constituíam uma raça, e desta forma, se a discriminação contra judeus poderia ser considerada racismo. Todavia, ao longo da discussão os ministros passaram

<sup>108</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

<sup>109</sup> CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito. p. 56.

a analisar também os aspectos relacionados à liberdade de expressão, tendo alguns, como o ministro Gilmar Mendes, inclusive adentrado expressamente na questão do discurso do ódio.

Em relação à discussão a respeito da liberdade de expressão no presente caso, percebe-se que a posição dos ministros que ficaram vencidos<sup>110</sup> em muito se assemelha à posição adotada pelo judiciário norte-americano.

O ministro Marco Aurélio, por exemplo, se utiliza de várias lições tiradas do direito norte-americano a respeito do tema, e entende que a liberdade de expressão deve ser protegida frente à seu caráter instrumental, pois “funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular”.<sup>111</sup>

Ainda nessa senda, comenta Meyer-Pflug:

Consoante posição dos ministros vencidos a liberdade de expressão constitui-se em um instrumento valioso na busca de uma sociedade livre e democrática, na exata medida em que pressupõe um debate franco e aberto, é dizer, a coexistência de uma diversidade de opiniões e idéias. [...]

Para os ministros vencidos possíveis restrições à liberdade de expressão devem ocorrer apenas nos casos concretos em que reste comprovado que a opinião exarada seja exageradamente discriminatória, fisicamente contundente e que seja capaz de expor pessoas a situações de risco iminente. As limitações à liberdade de expressão não podem se basear em regras gerais ou meras suposições.<sup>112</sup>

Infere-se, assim, que os ministros entendem que a liberdade de expressão protege o questionamento de fatos históricos e a manifestação de opiniões a respeito deles, ainda que divirjam da opinião da maioria, sendo vedada sua manifestação apenas se dela puder decorrer ações concretas de racismo; o que em muito se aproxima do entendimento norte-americano.

Contudo, ainda que, como apontado por Carreirão, o sistema brasileiro se aproxime do norte-americano ao não punir a ideia racista e sim sua consequência, e que tenha sido esse o entendimento dos ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, tal não foi o entendimento que prevaleceu no STF.

<sup>110</sup> Nesse caso está-se referindo à posição dos ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, vez que o ministro Moreira Alves também foi vencido, mas por argumentos diversos, não adentrando especificamente na discussão da liberdade de expressão.

<sup>111</sup> Voto do Min. Marco Aurélio *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 209.

<sup>112</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 210.

A posição vencedora no Supremo Tribunal Federal foi no sentido de punir o discurso pelo discurso e não necessariamente por sua consequência. Foi conferida prevalência à dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão, pois entendeu-se que um discurso, independente de gerar ou não ações concretas de racismo, pode ser punido por ferir a dignidade do grupo alvo.

Ademais, consta na ementa do habeas corpus 82.424/RS: “Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.”.<sup>113</sup> Desse excerto depreende-se que, além de limitar o discurso em razão de seu conteúdo e não de sua consequência, o STF ainda estabeleceu como limites à liberdade de expressão, não apenas aqueles previstos em lei, mas também limites morais. Tal estabelecimento se mostra bastante temerário, pois deixa o direito à livre expressão à mercê da opinião pessoal dos julgadores no tocante à moralidade.

O que se verifica na análise do habeas corpus 82.424/RS é o receio da Corte de que, ao decidir favoravelmente à liberdade de expressão, se passasse a imagem de que é a favor do racismo, o que definitivamente não é verdade. Decidindo desta forma, o STF se colocou na posição não apenas de julgador do conflito, mas de doutrinador, no sentido de, através da decisão, deixar clara a lição de que não se deve incentivar o preconceito e a discriminação. Contudo, não é essa posição que cabe a um órgão como o Supremo Tribunal Federal.

Como aponta Meyer-Pflug:

A própria história da humanidade demonstra que a proibição da divulgação de idéias nunca foi óbice suficientemente eficaz para que elas desaparecessem, pelo contrário, elas teimam em subsistir. É imprescindível suscitar o debate aberto, a discussão sobre todos os pontos de vista, pois é por meio dele que as idéias racistas e preconceituosas não obterão êxito na sociedade brasileira. De igual modo deve-se assegurar o direito de manifestação das maiorias e das minorias nesse discurso público.

Há que se observar também com acuidade que essa decisão do STF pode representar, em certa medida, um perigo à liberdade de expressão, que sempre foi prestigiada no sistema constitucional brasileiro, e de outra parte não pode ser uma medida eficaz no combate à proliferação do discurso do ódio. Não há negar-se que uma decisão proferida pela mais alta Corte do País tem um grande impacto não só na jurisprudência pátria, mas em todo o ordenamento jurídico.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> Ementa do HC 82.424/RS, p. 525-526.

<sup>114</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 216.

Isto posto, constata-se que, ainda que na teoria o sistema norte-americano e o sistema brasileiro possam se assemelhar no que tange à liberdade de expressão, a jurisprudência dos dois países tomam posições quase que opostas. Nos Estados Unidos, com a decisão do caso *Brandenburg v. Ohio*, consolidou-se uma posição no sentido de elastecer ao máximo a proteção do discurso, fazendo a liberdade de expressão prevalecer em quase todos os casos em que ela seja posta em xeque. A jurisprudência brasileira, por seu turno, com a decisão do habeas corpus 82.424/RS, firmou uma posição de restrição um pouco maior à liberdade de expressão, estabelecendo limites morais e jurídicos para o seu exercício.

Quanto à essa diferença jurisprudencial a respeito da liberdade de expressão em relação ao discurso do ódio, cabível a reflexão trazida por João dos Passos, de que “[o] antídoto para o pensamento malquisto não deve ser o silêncio forçado e a punição do falante, mas o contragolpe da própria liberdade, isto é, mais e mais expressão”.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 97.

## CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é de suma importância para a consolidação do princípio democrático, motivo pelo qual é amplamente protegida nos ordenamentos jurídicos estudados, quais sejam, o norte-americano e o brasileiro. Entretanto, por vezes o exercício dessa liberdade acaba suscitando dúvidas em relação ao limite da proteção conferida pelas Constituições à expressão. Em razão disso é que se verifica a relevância da jurisprudência a respeito do tema, vez que as Constituições de ambos os países dispõem apenas de linhas gerais sobre o assunto, deixando para o judiciário a tarefa de interpretar o disposto no texto constitucional e aplicá-lo aos casos concretos.

Dentre os aspectos polêmicos envolvendo a liberdade de expressão, o presente estudo abordou a questão do discurso do ódio, focando na análise da jurisprudência norte-americana e brasileira a respeito da relação entre a liberdade de expressão e o *hate speech*.

No ordenamento jurídico norte-americano, a liberdade de expressão está protegida pela Primeira Emenda à Constituição, que data de 1791. A princípio, a Emenda tinha como escopo proibir a censura prévia e permitir a crítica ao governo, contudo, ao longo do tempo, principalmente em virtude das decisões da Suprema Corte, a interpretação acerca da abrangência do dispositivo constitucional foi sendo modificada, até se chegar ao entendimento atual, no sentido de ampla proteção a quase todas as formas de expressão.

Em relação aos julgamentos de casos envolvendo a liberdade de expressão e os discursos considerados mais polêmicos, dentre eles o discurso do ódio, muitos foram os critérios adotados pela Suprema Corte Americana para definir quando o discurso estava protegido ou não pela Primeira Emenda. Até o início do século XX utilizava-se o *Bad Tendency Test*, de acordo com o qual, o discurso poderia ser reprimido se fosse capaz de ofender pessoas mais conservadoras ou se apresentasse uma tendência a incitar ou causar atividades ilegais. A partir de 1919, com o julgamento do caso *Schenck v. United States*, a Suprema Corte passou a adotar outro princípio, o do *Clear and Present Danger*, segundo o qual só é passível de repressão os discursos que criem um perigo claro e presente de causar os males que o Congresso tem o direito de impedir.

Todavia, foi em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, que a Suprema Corte estabeleceu o critério de julgamento utilizado até hoje pelo judiciário norte-americano para resolver conflitos envolvendo a liberdade de expressão e o discurso do ódio, o *Imminent lawless action test*. A decisão do caso firmou o entendimento de que é lícita a mera defesa de ideias abstratas, podendo o discurso ser punido apenas quando dirigido a incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e que provavelmente incitará e produzirá tal ação. Ou seja, um discurso só é punível se nele for verificada a probabilidade de produzir uma ação ilegal iminente e se o agente tiver a intenção de causar iminentemente essa ilegalidade.

Desta forma, percebeu-se que com a decisão de *Brandenburg v. Ohio* a Suprema Corte Americana atribuiu à Primeira Emenda uma interpretação bastante abrangente e protetiva em relação à expressão, mesmo nos casos de discursos mais “problemáticos” ou polêmicos, como é o caso do discurso do ódio.

No direito brasileiro, por sua vez, a liberdade de expressão, em razão de ser um direito individual, é considerada cláusula pétrea, o que significa que não pode ser objeto sequer de proposta de modificação constitucional. Ao longo da Constituição da República Federativa do Brasil, vários são os artigos que asseguram a proteção a esse direito, entretanto, o presente trabalho buscou focar o estudo no art. 5º, IV e IX e no art. 220, dispositivos que guardam relação mais estreita com o tema abordado.

No tocante ao exercício da liberdade de expressão, boa parte da doutrina entende que tal não é um direito absoluto, podendo a expressão ser restringida quando sua manifestação configurar abuso de direito ou ir de encontro ao disposto na Constituição. Porém, principalmente no que diz respeito a discursos como o *hate speech*, o limite entre o que está protegido e o que é contrário à Constituição não se mostra muito claro, ficando a cargo do judiciário fazer uma análise casuística nesse sentido.

Reconhecida a importância da jurisprudência sobre o tema também no ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a um estudo mais aprofundado sobre o principal caso do Supremo Tribunal Federal envolvendo a liberdade de expressão e o discurso do ódio: o caso *Ellwanger*.

Ainda que a princípio a discussão do caso se restringisse ao racismo, posteriormente os ministros passaram a analisar também a questão da liberdade de



expressão. Nessa senda, por oito votos a três, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que a liberdade de expressão, por não se tratar de garantia absoluta, deve ser submetida a limites morais e jurídicos, não podendo seu exercício implicar em ilicitude penal. Entendeu-se também que em casos como o do impetrante, de discursos preconceituosos, ou de ódio, está-se diante de um impasse entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e a igualdade, e que, frente a tal impasse, devem prevalecer esses últimos princípios.

O que se pode perceber com essa decisão é que o judiciário brasileiro adotou uma postura mais restritiva em relação ao exercício da liberdade de expressão, estabelecendo como parâmetros para essa restrição, não apenas limites jurídicos, mas também limites morais.

Mais especificamente sobre o discurso do ódio, concluiu-se que tal se trata da expressão do pensamento de maneira depreciativa, visando humilhar e menosprezar um determinado grupo da sociedade, geralmente as minorias, com o intuito de não apenas discriminar esse grupo, mas também excluí-lo socialmente.

Devido ao seu caráter incitador, intimidador e depreciativo, o discurso do ódio acaba esbarrando em questões relacionadas à dignidade da pessoa humana e à igualdade, sendo que, nesses casos, a dignidade e a igualdade funcionam como limitadores da expressão, vez que um discurso que afronte esses princípios não pode ser protegido pela liberdade de expressão. Novamente aqui, atentou-se para a importância da jurisprudência, porquanto o sopesamento entre a liberdade de expressão e os princípios supramencionados deve se feito caso a caso, no contexto dos fatos específicos.

Após analisar separadamente a jurisprudência norte-americana e brasileira sobre o tema, o presente trabalho procurou apontar os aspectos distintivos entre elas.

Ante o exposto, concluiu-se que o atual entendimento norte-americano a respeito da liberdade de expressão e do discurso do ódio segue uma linha bastante protetiva à expressão, restringindo as hipóteses em que um discurso pode ser punido e instituindo critérios objetivos para determinar-se quando essa punição é possível. Nesse sentido, a Suprema Corte Americana entende que se deve distinguir a expressão das ações que dela possam resultar. Não se pune a expressão por si só, a mera defesa de

ideias; um discurso é punível apenas se dele puder decorrer uma ação ilegal iminente, e se o agente tiver a intenção de incitar e provocar essa ação com seu discurso.

Já o atual entendimento brasileiro, firmado com a decisão do caso *Ellwanger* em 2003, segue um caminho um tanto diverso do norte-americano, se mostrando mais restritivo à proteção da liberdade de expressão. Isso porque, além de estabelecer que em casos como esse prevalecem a dignidade da pessoa humana e a igualdade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a liberdade de expressão pode ser reprimida utilizando-se critérios jurídicos e morais. Ou seja, interpretando-se ao pé da letra a ementa do habeas corpus 82.424/RS pode-se chegar à conclusão de que um discurso pode ser punido não apenas se extrapolar os limites legais, mas simplesmente se extrapolar limites morais. Mas o que seriam esses limites? Sua definição é altamente subjetiva e, enquanto o judiciário norte-americano procura estabelecer critérios cada vez mais objetivos para o julgamento de casos como esses, o judiciário brasileiro se apoia em questões subjetivas, confundindo e misturando direito e moral.

Não parece coerente que na sociedade atual ainda seja possível confundir limites morais com limites jurídicos desta forma. Por certo que o discurso do ódio pode ser considerado imoral, entretanto, isso não quer dizer que ele sempre será ilegal. É essa distinção que se faz necessária na análise de casos envolvendo principalmente o *hate speech*. Nessa senda, verifica-se que, no caso brasileiro, confunde-se a imoralidade de um discurso com sua ilicitude e ilegalidade, punindo-se a ideologia, enquanto que no caso americano a imoralidade do discurso não importa automaticamente em ilicitude ou ilegalidade.

Isto posto, conclui-se que, ainda que na teoria o direito norte-americano e brasileiro se assemelhem no tocante à liberdade de expressão, a jurisprudência dos países em relação à essa liberdade e o discurso do ódio se mostra bastante diversa; tendo os Estados Unidos, em 1969, estabelecido critérios objetivos para o julgamento de casos envolvendo o assunto, e com isso, elástico consideravelmente a proteção à liberdade de expressão, enquanto o Brasil, em 2003, decidiu por limitar jurídica e moralmente a liberdade de expressão e o discurso do ódio, firmando assim uma posição de maior restrição ao exercício dessa liberdade.

## REFERÊNCIAS

BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** (1969). Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em 28 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em 14 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 15.155/RS**. Relator: DIPP, Gilson. Publicado no DJ de 18/03/2002. p. 277. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequeencial=23937&num\\_registro=200001313517&data=20020318&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequeencial=23937&num_registro=200001313517&data=20020318&formato=PDF)>. Acesso em 21 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Relator originário: ALVES, Moreira. Relator para o acórdão: CORRÊA, Maurício. Publicado no DJ de 19-03-2004 p.524-1010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. *Revista Direito Público*, Brasília, vol. 1, n. 15. p. 117-136, 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/521>>. Acesso em 05 de setembro de 2014.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito.

CASTRO, M. F. de; FREITAS, R. S. de. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66. p. 327-355, julho 2013.

CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos da América**.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454**. Washington, 1907.  
Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/case.html>>.  
Acesso em 27 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47**. Washington, 1919.  
Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em 28 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Whitney v. California, 274 U.S. 357**. Washington, 1927.  
Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357>>. Acesso em 28 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Dennis v. United States, 341 U.S. 494**. Washington, 1951.  
Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494>>. Acesso em 28 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Washington, 1969.  
Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

FALLON Jr., Richard H., **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GILLES, Susan M. **An “accidental”, “too easy”, and “incomplete” Brandenburg v. State of Ohio: Landmark case**. Disponível em:  
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3j-TZL10yw0J:law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx%3Fid%3D20641+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 26 de agosto de 2014.

GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio. **O Conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424-2**. 2005. Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação – Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em:  
<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/64\\_Mayra%20Gouveia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/64_Mayra%20Gouveia.pdf)>. Acesso em 20 de setembro de 2014

GREENAWALT, Kent. **Fighting Words**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MARQUES, A. R. M; MUNIZ, A. B.; BRANDÃO, M. S. A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424). *In Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais*.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24<sup>a</sup> ed. 2<sup>a</sup> reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões**. 17<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da História, ecos tardios do Integralismo e judicialização do passado**, 2013. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13810/1/2013\\_DouglasAnt%C3%B4nioRochaPinheiro.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13810/1/2013_DouglasAnt%C3%B4nioRochaPinheiro.pdf)>. Acesso em 16 de setembro de 2014.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista *Diálogo Jurídico*, n. 16, Salvador, maio-agosto/2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 04 de setembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**, 2007. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SilveiraRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf)>. Acesso 26 de agosto de 2014.